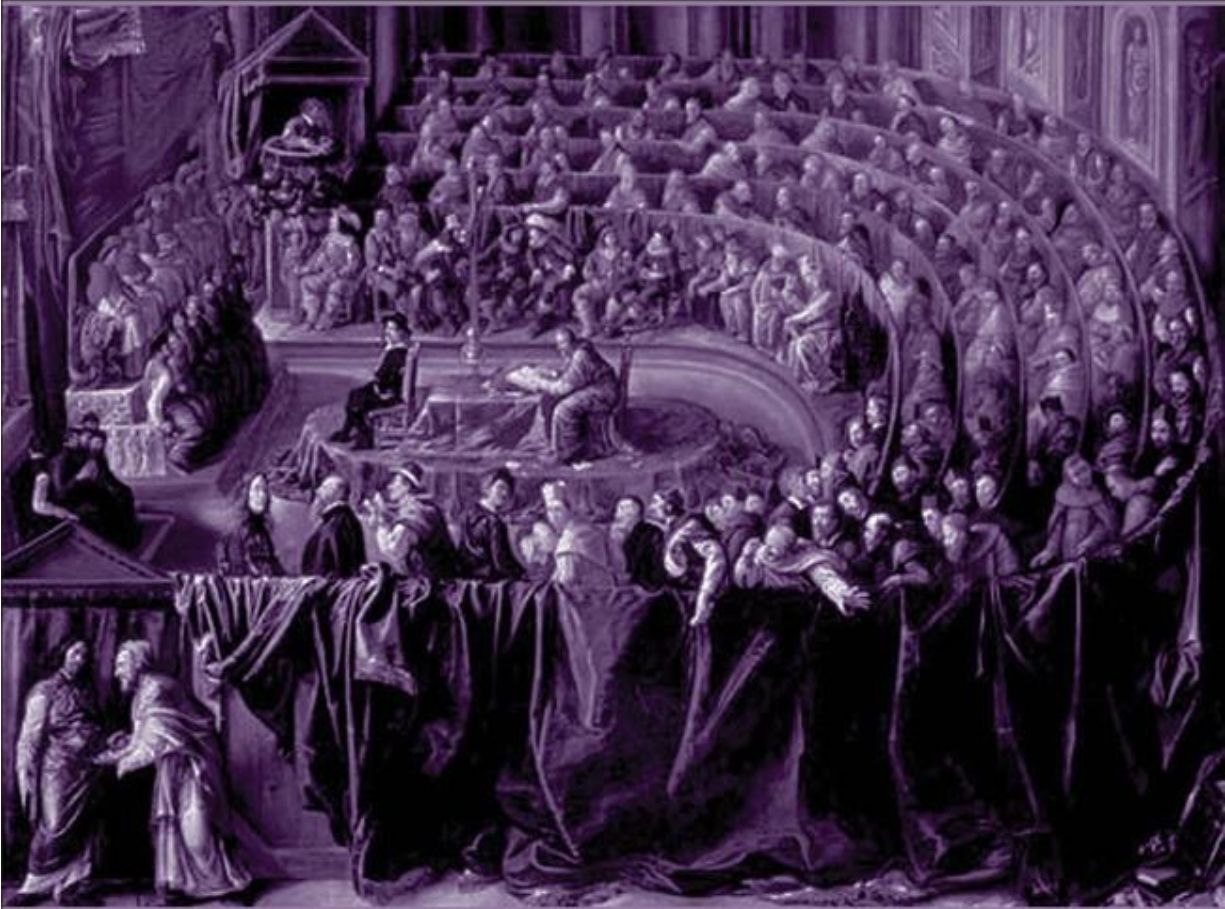


Colección Docencia y Derecho

Introducción al derecho administrativo alemán

Hartmut Maurer



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Colección Docencia y Derecho

Introducción al derecho administrativo alemán

Hartmut Maurer



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Introducción al derecho administrativo alemán

Introducción al derecho administrativo alemán

Hartmut Maurer

Profesor Emérito de la Universidad de Konstanz - Alemania

Universidad Santo Tomás
2008

Consejo Editorial

P. José Antonio Balaguera Cepeda, O. P.

Rector General

P. Pedro José Díaz Camacho, O. P.

Vicerrector Académico General

P. Marco Antonio Peña Salinas, O. P.

Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O. P.

Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo

Director Unidad de Investigación y Posgrados

Aída Bejarano

Editora

P. Diego Orlando Serna Salazar, O.P.

Decano de División de Derecho y Filosofía

Dr. Álvaro Echeverri Uruburu

Decano de la Facultad de Derecho

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados

Universidad Santo Tomás

Universidad Santo Tomás

Ediciones USTA

Carrera 9 n.º 51-11

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfonos: (+57) 587 8797 ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

ediciones.usta.edu.co

Traducción:

Rafael Sängner y Fabián Martínez

Corrección de estilo:

Álvaro Echeverri Uruburu

Contenido

Prólogo

Capítulo I

Las fuentes del derecho administrativo

I. Visión general

II. Las normas jurídicas escritas

1. La Constitución

2. Las Leyes

3. Los Reglamentos Jurídicos

4. Los Estatutos

5. Organización jerárquica

III. Derecho federal (Bundesrecht) y Derecho de los estados federados (Landesrecht)

IV. Control de normas

V. Los preceptos administrativos

1. Concepto

2. Clases de preceptos administrativos

[3. Fundamentos de los preceptos administrativos](#)

[4. El efecto vinculante de los preceptos administrativos](#)

[VI. El derecho consuetudinario](#)

[VII. El derecho de la Unión Europea](#)

[Capítulo II](#)

[Vinculación a la ley, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados](#)

[I. La vinculación de la administración a la ley](#)

[II. La discrecionalidad de la administración](#)

[1. Concepto y significado](#)

[2. Los presupuestos de la discrecionalidad](#)

[3. Límites y vinculación de la discrecionalidad](#)

[4. Reducción de la discrecionalidad](#)

[5. Derecho a una decisión discrecional libre de errores](#)

[III. Conceptos jurídicos indeterminados y margen de juzgamiento](#)

[1. El concepto jurídico indeterminado](#)

[2. La polémica alrededor del margen de juzgamiento](#)

[IV. Libertad de configuración relativa a la planeación](#)

[V. Reserva de ley](#)

Capítulo III

El principio de la protección a la confianza en el derecho público

I. Introducción

II. La revocatoria de actos administrativos beneficiosos

1. La revocatoria de actos administrativos antijurídicos

2. La revocatoria de actos administrativos conformes a derecho

III. La retroactividad de las leyes

1. Concepto de la retroactividad

2. La prohibición de retroactividad y sus límites

3. Los límites de la retroactividad aparente

IV. Modificación de la jurisprudencia de las altas cortes

V. Resumen

Capítulo IV

El acto administrativo

I. Disposición sistemática

II. Las características conceptuales del acto administrativo

1. Regulación

2. Soberano

3. Regulación de un caso particular

4. Autoridad

5. Efecto jurídico inmediato y externo

III. Significado y función del acto administrativo

1. Eficacia jurídica independiente de errores

2. Título ejecutivo

IV. Clases de actos administrativos

1. Diferencias generales

2. Clases especiales de actos administrativos

V. La antijuridicidad del acto administrativo y sus consecuencias

1. La antijuridicidad

2. Los efectos jurídicos de la antijuridicidad

3. La impugnabilidad de los actos administrativos

4. Vicios del procedimiento

5. La nulidad del acto administrativo

6. La revocatoria del acto administrativo

Capítulo V

El contrato administrativo

I. Introducción

II. Fundamentos jurídicos

III. Concepto de contrato administrativo

IV. Delimitación del contrato administrativo

1. Delimitación frente a los contratos de derecho privado

2. Delimitación con el acto administrativo

3. Delimitación con acuerdos informales

V. Clases de contratos administrativos

1. Contratos de coordinación y de subordinación jurídica

2. Contrato de transacción y contratos sinalagmáticos

VI. Los presupuestos jurídicos del contrato administrativo

1. Admisibilidad de la forma contractual

2. Presupuestos formales de conformidad

3. Conformidad con el derecho material

VII. Los efectos jurídicos de la antijuridicidad de los contratos administrativos

1. Decisiones legislativas fundamentales

2. Causales de nulidad

3. Consecuencias de la Nulidad

4. Teoría de la imprevisión contractual

VIII. Valoración

1. Aspectos históricos

2. La significación del contrato administrativo

3. Ventajas del contrato administrativo

4. Desventajas del contrato administrativo

5. La ambivalencia del contrato administrativo y del acto administrativo

Prólogo

Este libro contiene cinco ponencias presentadas por el profesor Emérito de la Universidad de Konstanz (Alemania), Hartmut Maurer en marzo de 2007, en el marco del programa de la Maestría en Derecho Público que es ofrecido por la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, en cooperación con la Universidad de Konstanz. Los temas de dichas ponencias fueron escogidos de tal manera que permitieran una mirada confiable al derecho administrativo alemán actual. El Profesor Maurer realiza una introducción a los principios constitucionales fundamentales de esta área del derecho, mediante el análisis de los temas de la vinculación de la administración a la ley y del imperativo constitucional alemán de la protección a la confianza de los ciudadanos. Simultáneamente, explica de manera concreta los aspectos generales del derecho administrativo, presentando sus principios generales, como el de la discrecionalidad y los medios de acción más importantes de la administración: el acto administrativo y el contrato administrativo¹.

Con el profesor Hartmut Maurer la Universidad Santo Tomás ha ganado para las clases de su Maestría en Derecho Público a uno de los profesores alemanes de esta área más conocidos y apreciados. Maurer, nacido el 6 de marzo de 1931, realizó su doctorado en 1957 en la Universidad de Göttingen y su habilitación en 1965 en la Universidad de Tübingen. En 1969 fue nombrado profesor en la Universidad de Marburgo, y desde 1978 enseña e investiga como docente en la Universidad de Konstanz, en el Lago de Constanza, que se cuenta dentro de las nueve, así llamadas, universidades de élite de Alemania.

Maurer es autor de una multitud de obras científicas. Su Manual de Derecho Administrativo General, publicado por primera vez en 1980, llegará en 2008 a la 17ª edición, y es el texto básico para esta área del derecho. Desde hace más de dos décadas no existe en Alemania prácticamente ningún jurista que no se haya preparado para el examen estatal con el Manual del profesor Maurer. Junto a la obra sobre el derecho administrativo general, Hartmut Maurer ha escrito un Manual de Derecho Constitucional (5ª edición 2007), altamente apreciado por investigadores, jueces y estudiantes. Además, Maurer ha investigado y realizado publicaciones sobre todas las ramas del derecho público. De su pluma provienen

obras fundamentales sobre el derecho de los partidos políticos, derecho electoral, la asignación estatal de competencias, la garantía de la propiedad y otros derechos fundamentales, la jurisdicción administrativa y el derecho público eclesiástico. En 2001, 89 profesores de Alemania y de otros países presentaron un libro homenaje a Hartmut Maurer con motivo de su septuagésimo aniversario, en el que cada uno de ellos redactó un artículo científico expresamente para esta conmemoración. El apéndice del libro contiene una lista de publicaciones de Hartmut Maurer, que para ese entonces comprendía 110 publicaciones científicas. El número de éstas se ha incrementado continuamente desde esa fecha, aun después de su designación como Profesor Emérito, ya que Maurer continúa investigando y publicando en la Universidad de Konstanz, y sigue siendo uno de los docentes alemanes de derecho público más productivos.

Konstanz, febrero de 2008

Profesor Martín Ibler,

Docente de la Universidad de Konstanz.

Ex Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad



¹ Las ponencias fueron traducidas al español por Guillermo Castro Ayala y Fabián Martínez Guerrero (Universidad Santo Tomás), quienes actualmente adelantan estudios doctorales en la Universidad de Konstanz, y por Raffael Sängler (Universidad de Konstanz), quien obtuvo el título de Magíster Legum (LL.M.) de la Universidad Santo Tomás en 2005. Efectuó la corrección de estilo el Profesor Álvaro Echeverri Uruburu, Decano de la Facultad de Derecho de la USTA. Este último trabajo, lo mismo que la traducción original, contó con la autorización y aprobación del Profesor Maurer.

Capítulo I

Las fuentes del derecho administrativo

I. Visión general

El derecho administrativo alemán consta de una multiplicidad de preceptos jurídicos que han sido emitidos por diversos órganos, de diversa manera y de diversas formas. En primer lugar, se puede diferenciar entre el derecho escrito que se ha hecho constar en documentos y el derecho consuetudinario que surge de la práctica misma de los destinatarios de las normas. Con todo, el derecho consuetudinario en la actualidad no desempeña un papel preponderante. La mayor parte del derecho administrativo vigente se compone de normas escritas. Éstas afectan las relaciones Estado-ciudadano, o bien, intervienen en el ámbito estatal interno. Según eso, se habla de derecho externo o derecho interno. Conforme a los órganos que adoptan las disposiciones, el derecho externo puede subdividirse en cuatro grupos, a saber: la Constitución como norma suprema; las normas emitidas por el parlamento; los reglamentos jurídicos expedidos por el gobierno o por las autoridades administrativas y finalmente, los estatutos emitidos por los municipios o por otras corporaciones de derecho público. Según si pertenecen al ámbito federal o al de los estados federados se diferencia entre derecho federal y derecho de los estados federados. El derecho interno está formado, principalmente, por los preceptos administrativos. Éstos son regulaciones generales que la autoridad superior dirige a una autoridad subordinada, por ejemplo el director de una entidad con respecto a sus subalternos, y que contienen determinaciones acerca de cómo deben cumplirse las tareas administrativas. También se deben mencionar los reglamentos de funcionamiento. Éstos son expedidos por órganos colegiados para la regulación de sus asuntos, en especial, la organización y el funcionamiento interno. Así por ejemplo, el reglamento de funcionamiento del Bundestag contiene preceptos sobre las fracciones, el derecho de intervención y de presentar solicitudes de parte de los diputados, así como sobre el proceso interno legislativo.

Los reglamentos administrativos mencionados, forman el círculo jurídico alemán. A este se superpone el derecho de la Comunidad Europea que es válido para la República Federal como miembro de esa comunidad. Sobre este último aspecto me referiré para finalizar.

Con esto sólo se ha presentado una panorámica. Sobre las particularidades se

entrará a continuación. Se sobreentiende que la variedad de normas jurídicas debe someterse a un cierto orden. Esa es la tarea de la teoría de las fuentes del derecho. Esta sirve no sólo al interés científico de sistematización dentro de un Estado de Derecho, sino también a intereses prácticos, como el de evitar colisiones normativas o dirimir las. El ordenamiento jurídico debe estar libre de contradicciones. No puede ser que dos normas jurídicas regulen el mismo supuesto de hecho de diferente manera. Por ejemplo, que una norma jurídica prohíba una cosa que otra norma la imponga. Un sistema libre de contradicciones asegura que las normas jurídicas se ubiquen en un orden jerárquico y que la norma que ocupa un puesto más alto en la jerarquía sea aplicada con prevalencia a la norma de menor nivel.

Como se ha visto en el panorama anterior, las diferencias normativas se conectan con el surgimiento y la forma de las normas jurídicas. El contenido no es un criterio de diferenciación determinante. Las leyes contienen, la mayoría de las veces, regulaciones generales abstractas, y por ello, regulaciones de obligatoriedad general. Las leyes pueden contener también regulaciones condicionadas a situaciones concretas, regulaciones para casos individuales, actos organizativos y planes. También existen junto a las leyes de obligatoriedad general, leyes de autorización, que son reacciones condicionadas a finalidades con respecto a una determinada situación, pero que son de naturaleza aún más general; leyes para un caso particular referidas a un asunto concreto y que lo regulan definitivamente; leyes de organización que determinan las funciones y competencias de las instituciones estatales, las autoridades y los tribunales y finalmente, leyes de planeación, que declaran como jurídicamente vinculante un determinado plan, por ejemplo, el presupuesto general.

II. Las normas jurídicas escritas

Las normas jurídicas escritas se pueden clasificar en cuatro grupos, que pertenecen al mismo tiempo a cuatro niveles. El criterio determinante de diferenciación en este caso es el de quien profiere las normas, es decir, el órgano que expide la respectiva norma jurídica.

1. La Constitución

En la cumbre de la organización normativa se ubica la Constitución, expedida de manera especial por el titular del poder constituyente. Las normas constitucionales en Alemania, en correspondencia con su construcción federal, se conforman por la Ley Fundamental expedida en 1949 para toda la República Federal y las constituciones de los estados federados individuales. La constitución establece los principios y es la medida de todo el ordenamiento jurídico. Ella impregna también a la administración y al derecho administrativo, a partir de los derechos fundamentales y los fundamentos derivados del Estado de Derecho, en especial, los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de proporcionalidad.

De vez en cuando, el derecho administrativo es denominado como “derecho constitucional concretizado” (fórmula muchas veces citada de F. Werner, Presidente del Tribunal Federal Administrativo, DVBl. 1959, 527). Ello podría ser exagerado, ya que la administración es seguramente influenciada por las finalidades de las fuerzas políticas y sociales y por las circunstancias reales, en especial, las técnicas y económicas.

2. Las Leyes

Las leyes (en sentido formal) que forman el segundo grupo y nivel, son expedidas por los órganos constitucionalmente previstos para ello, a través de procedimientos legislativos constitucionalmente prescritos. Dado que las leyes son expedidas por el parlamento, en ocasiones son denominadas, para diferenciarlas de las demás normas jurídicas, como “leyes parlamentarias”. Su significado se deriva del hecho de ser expedidas por la representación popular, y por tal motivo poseen una legitimación democrática directa, al ser creadas a través de un procedimiento conocido por la opinión pública, que garantiza la participación de los partidos de oposición, así como la discusión pertinente de todos los puntos de vista a favor y en contra. El principio de la reserva de la ley, derivado de los derechos fundamentales, del principio del Estado de Derecho y del principio democrático, exige que el legislador regule directamente todos los asuntos esenciales en el ámbito normativo, en especial en lo tocante al ejercicio de los derechos fundamentales y que no deje por tanto tal regulación a los órganos del ejecutivo. En realidad casi todos los ámbitos esenciales de la administración están regulados por ley. Así por ejemplo, el derecho de construcción a través del código de construcción y las ordenanzas de construcción de los estados federados; el derecho a la actividad industrial a través del régimen de la actividad industrial y de toda una serie de leyes complementarias sobre la materia; el derecho ambiental, por medio de la ley federal de protección contra las emisiones, de la ley federal de conservación de recursos hídricos, de la ley de protección del suelo, etc. El Derecho Administrativo general carece todavía de una regulación completa, sin embargo, está conformado, en gran parte, por las leyes de procedimiento administrativo del Estado y de los estados federados.

3. Los Reglamentos Jurídicos

Los reglamentos jurídicos, que forman el siguiente grupo y nivel, son expedidos por el ejecutivo. Estos provienen por tanto dependiendo de la competencia, del gobierno, de los ministros respectivos o de las múltiples autoridades administrativas de todos los niveles de la administración. En consecuencia, también hay, según el alcance, rango y significado, reglamentos administrativos muy diferentes. Se puede advertir la diferencia de la ordenanza federal sobre el tránsito proferida por el Ministro Federal del Tránsito, por un lado, y el reglamento de un alcalde sobre el aseo de una vía peatonal por el otro. Los reglamentos jurídicos del gobierno sirven de complemento para la ejecución de las leyes. Estos permiten descargar al parlamento de regular cuestiones de manera detallada, y posibilitan una rápida adaptación a las circunstancias cambiantes en el área técnica.

Los reglamentos administrativos de las autoridades administrativas inferiores son, por el contrario, medidas administrativas que no apuntan a la regulación de un caso concreto (cuando debería ser expedido un acto administrativo) sino a la regulación uniforme de grupos completos de casos.

El ejecutivo no puede actuar como creador del derecho por sí mismo y expedir así reglamentos administrativos. Para ello, requiere de una autorización legal. Una autorización otorgada de manera general (autorización general) no es suficiente. El legislador, por tanto, debe precisar mucho más el contenido, la finalidad y la extensión del futuro reglamento jurídico, y con ello, determinar su marco y objetivos de acción (autorización especial). La expedición de reglamentos es así, imposición de derecho, pero no originaria sino derivada. Esta no representa bajo estas condiciones quebrantamiento del principio de la división de poderes porque el órgano que expide reglamentos tiene permitido actuar como tal, por previsión del legislador.

4. Los Estatutos

Los Estatutos constituyen el cuarto grupo de normas jurídicas y configuran el típico instrumento regulativo de las corporaciones de administración autónoma en el ámbito normativo.

Las corporaciones de administración autónoma son organizaciones dependientes, compuestas colegiadamente, que se desempeñan bajo su propia responsabilidad en los asuntos de su esfera de actuación. Son pues, unidades administrativas pero no se encasillan en la jerarquía administrativa, sino que simplemente están vinculadas por las leyes estatales y sometidas a la vigilancia estatal, en lo demás son autónomas. A éstas pertenecen, en primera línea, los municipios y los distritos rurales, pero también las universidades, las cámaras de industria y comercio, los responsables de los seguros sociales, etc. Poseen, además, el derecho de proferir estatutos los establecimientos y fundaciones de derecho público, sobre las que, sin embargo, aquí no se profundizará.

En contraposición a los reglamentos administrativos, los estatutos no requieren, por regla general, una autorización legal especial, es suficiente el otorgamiento general del derecho de proferir estatutos. Esto se puede justificar porque las corporaciones de administración autónoma tienen una representación democrática propia. En los municipios, es el concejo comunal elegido por la población del municipio; en las demás corporaciones, son los órganos de representación elegidos por los miembros de la misma. Sólo las regulaciones estatutarias que afectan la libertad y el patrimonio de los ciudadanos requieren, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, un fundamento legal especial. En lo demás debe observarse que la competencia de emitir estatutos de las corporaciones de administración autónoma, está limitada desde tres puntos de vista, ya que abarcan personalmente sólo a sus propios miembros, materialmente sólo a sus propios asuntos y localmente sólo su propio territorio. En el campo municipal, los estatutos desempeñan un papel no despreciable. Estos fijan, por ejemplo, los impuestos y demás contribuciones, regulan la utilización de instalaciones municipales, determinan los deberes de los propietarios de predios aledaños a las vías públicas, etc.

5. Organización jerárquica

Como resulta de la referencia a los cuatro niveles atrás señalados, las diversas normas jurídicas están en una determinada relación jerárquica. La Constitución se ubica en la cumbre; a ella la siguen las leyes, los reglamentos administrativos y los estatutos. De la organización jerárquica se obtienen dos conclusiones. La primera tiene que ver con la vinculación de quien profiere la norma a las normas de rango superior. El legislador debe considerar la Constitución. El que expide los reglamentos jurídicos debe considerar las leyes y la Constitución. El que expide los estatutos debe considerar los tres grupos de normas previos. La segunda conclusión tiene que ver con la solución de colisiones normativas. Cuando dos normas se contradicen porque regulan de manera diferente la misma situación de hecho, la norma de rango inferior es suprimida y derogada por la norma superior, con la consecuencia de que aquella resulta nula o ineficaz. Esto es válido tanto para el caso en el que el conflicto se presente porque es expedida una norma inferior que contradice una norma ya existente de jerarquía superior como para el caso en que es creada una norma de jerarquía superior, que contradice una norma inferior ya existente. En los dos casos entra en acción la regla de solución que se recoge en la expresión: *lex superior derogat legi inferiori*. Otra pregunta es, ¿quién es competente para fijar de manera vinculante la contradicción normativa y sus consecuencias? Esa es una pregunta de derecho procesal administrativo que se tratará después.

III. Derecho federal (Bundesrecht) y Derecho de los estados federados (Landesrecht)

Las clases de normas jurídicas discutidas hasta ahora –Constitución, leyes, reglamentos administrativos y estatutos– se presentan tanto en el nivel federal como en el nivel de los estados federados y tienen, respectivamente, la calidad de derecho federal o de los estados federados. El dualismo entre derecho federal y derecho de los estados federados es la expresión de la estatalidad federal. En el estado federal, los estados federados tienen también calidad de estados. No sólo tienen una organización estatal propia, con Parlamento, Gobierno, autoridades administrativas y tribunales, sino que también pueden realizar tareas estatales con los instrumentos típicos de la legislación, el gobierno, la administración y la jurisdicción. Una de las tareas más importantes de la constitución federal es la repartición de las competencias entre la federación y los estados federados.

Las competencias de legislación, que interesan aquí, son repartidas en la Ley Fundamental entre la federación y los Estados federados, en un complejo sistema. El punto de partida es la regulación, según la cual, los Estados federados, tienen el derecho de legislación en tanto la misma Ley Fundamental no adjudique competencia de legislación a la Federación (artículo 70 inciso primero de la Ley Fundamental). Según esto, los Estados federados son principalmente los competentes; la Federación sólo debe actuar legislativamente cuando le sea adscrito un determinado campo de acción material. La adscripción de funciones es, sin embargo, tan amplia y es realizada de manera tan extensa por el legislador federal, que los aspectos esenciales de legislación se ubica realmente en el legislador federal. Si se compara el Diario Oficial de la Federación con los de los Estados federados, salta a la vista rápidamente que aquel posee una extensión considerable, mientras que los diarios oficiales de los Estados federados representan apenas unos delgados tomos, que además no sólo contienen leyes sino otras regulaciones. Eso es válido igualmente para el Derecho Administrativo, aún cuando los Estados federados poseen la mayoría de las competencias en este campo.

La delimitación entre Derecho federal y Derecho de los Estados federados se determina –como con las diversas clases de normas jurídicas– según el

encargado de su expedición.

Leyes federales son todas las leyes que son aprobadas por el Bundestag con la cooperación del Bundesrat –las cámaras federales–, y que son sancionadas por el Presidente e incorporadas al diario oficial. Leyes de los Estados federados son, por el contrario, las que son emitidas por los parlamentos de los estados federados. En ese sentido, no quedan dudas. Sin embargo, puede eventualmente cuestionarse si el legislador federal o el legislador de los Estados federados ha observado sus propias competencias. No obstante, esta no es una pregunta sobre la calidad y clasificación sino sobre la juridicidad de las leyes. Una ley federal sigue siendo ley federal aún cuando no se hayan respetado las fronteras de la competencia.

Es problemática la clasificación de los reglamentos jurídicos que, como fue expuesto, son expedidos por el gobierno o por órganos de la administración con base en una autorización legal. Es indudable, que los reglamentos jurídicos expedidos por el gobierno federal con base en una autorización de una ley federal, son derecho federal, y que los reglamentos administrativos expedidos por los gobiernos o las autoridades de los estados federados con base en una autorización de una ley del Estado federado, son derecho de los Estados federados. Se discute sin embargo, si los reglamentos administrativos expedidos por órganos de los Estados federados con base en una autorización contenida en una ley federal, deben ser clasificados como derecho federal o como derecho de los estados federados. El Tribunal Constitucional Federal y la doctrina dominante sostienen la primera alternativa (Gaceta del Tribunal Constitucional Federal tomo 18, página 407). En la literatura jurídica, con todo, se defiende también la segunda alternativa (Wilke, en: von Mangoldt/Klein, Grundgesetz, tomo III, 1974, páginas 1929 ss.). En lo que se refiere a los estatutos, indiscutiblemente se ha considerado el carácter federal o perteneciente a los Estados Federales de las corporaciones de administración autónoma y demás personas jurídicas de derecho público que han expedido el estatuto y, de acuerdo a ello, son clasificados como actos de la administración federal o de los Estados federados. En su gran mayoría estos titulares de la administración son parte de la administración de los Estados federados. Por eso, la mayoría de los estatutos son –a pesar de la independencia jurídica de las corporaciones de administración autónoma– derecho de los Estados federados en este sentido. Esto es válido también, y ante todo, para los estatutos municipales.

La distribución estatal de las diversas normas jurídicas tiene también un enorme

significado práctico. Eso se muestra, ante todo, cuando un precepto de derecho federal y un precepto de derecho de los estados federados regulan de manera diferente una misma situación de hecho. En este caso de colisión, el derecho federal de cualquier nivel prevalece ante el derecho de los estados federados de cualquier nivel. El artículo 31 de la Ley Fundamental dice de manera corta y concluyente: “El derecho federal deroga el derecho de los estados federados”. Eso significa que una norma jurídica de los estados federados que contradiga el derecho federal no tiene vigencia.

Debe observarse, sin embargo, que sólo se presenta un caso de colisión cuando normas jurídicas que se contradicen, consideradas independientemente, son válidas. Por consiguiente, una ley federal que infrinja el precepto de competencias de la Ley Fundamental y que por eso es inconstitucional, no puede suprimir o impedir la validez de un precepto de derecho de los estados federados que regula la misma situación de hecho. Por ejemplo, según los preceptos de la Ley Fundamental, el derecho escolar entra en el área de competencia de los estados federados. Si la federación expidiera una ley sobre las escuelas, esta ley sería contraria a la Constitución y nula por razones de competencia jurídica. Con esto se aclara la pregunta, formulada una y otra vez, sobre si sería posible que una regulación constitucional de un estado federado esté en un rango inferior a una norma estatutaria de derecho federal y que por tal razón pueda ser derogada.

Teóricamente se debe responder de manera afirmativa a esta pregunta. En la práctica ella no tiene significado porque el campo de regulación del encargado de la expedición de estatutos es limitado y excluye por ello una colisión con el derecho constitucional de los estados federados.

IV. Control de normas

La teoría hasta ahora manejada de las fuentes del derecho incide en la relación de las normas jurídicas entre sí, y con ella, la pregunta inherente acerca de su validez. Esta pregunta no expresa nada sin embargo, con respecto a qué órganos estatales y bajo que procedimientos están legitimados y obligados a comprobar la compatibilidad de una norma jurídica con el derecho de rango superior, así como, en casos de contradicción normativa, establecer su invalidez de manera vinculante. Por eso, se han instalado en la literatura jurídica los conceptos de “competencia de comprobación” y “competencia de reprobación” (reprobación significa así la negación de una norma como contraria a la Constitución y por tanto nula). Las competencias de comprobación se relacionan la una a la otra, porque la comprobación es el presupuesto de la reprobación. Si un juez, por ejemplo, aplica una norma sin comprobarla, entonces para él no se presenta de antemano la pregunta por la invalidez. Por otro lado, una comprobación sin consecuencias carecería de sentido. Esta, con todo, no debe llevar a la reprobación inmediata de la norma, sino que puede dar lugar a otros efectos jurídicos, como por ejemplo, el deber de presentar ante el tribunal constitucional la cuestión, el cual deberá entonces decidir definitivamente y con efecto general vinculante sobre la compatibilidad de una norma con el derecho de rango superior.

Además, debe distinguirse entre la reprobación principal y la reprobación incidental. En el primer caso, la validez de la norma misma es el objeto del procedimiento y de la decisión, con la consecuencia de que la validez o invalidez de la norma es establecida con carácter obligatorio general. Por el contrario, en el segundo caso, la validez de la norma es comprobada sólo como pregunta previa en un procedimiento con otro objeto, y no aplicada en caso de que se demuestre su invalidez. La reprobación incidental lleva entonces solamente a la no aplicación en el caso concreto, no excluyéndose, sin embargo, que la norma siga siendo vista o aplicada como válida en otro procedimiento.

En lo que sigue nos dedicaremos a la pregunta de ¿cómo debe comportarse una autoridad administrativa cuando ha llegado a la conclusión de que una norma jurídica que debe aplicar, infringe el derecho de rango superior y por tanto sería

nula? ¿Puede la autoridad, en general, hacer la comparación? ¿Puede dejar de aplicar la norma cuando considera que ella infringe el derecho de rango superior? ¿Se deben responder estas preguntas uniformemente o –dependiendo del rango de la norma decisiva– de manera diferenciada? Falta una regulación legal expresa. En la literatura jurídica y en la jurisprudencia se defienden opiniones muy diferentes que parecen, sin embargo, acercarse.

Ciertos puntos de apoyo para la solución de estos interrogantes se originan cuando son consideradas las regulaciones de la Constitución sobre el derecho de comprobación y reprobación en el área de la jurisdicción. Conforme al artículo 100, inciso 1°, de la Ley Fundamental, si el juez se encuentra con una ley que debe aplicar en el caso concreto, tiene que examinarla desde su compatibilidad con la Constitución. Si logra convencerse, con base en su examen, de que la ley es contraria a la Constitución, entonces no debe aplicarla ni inaplicarla, sino que debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal. Este decide definitivamente y de manera obligatoria general, es decir, no sólo para el caso concreto. Según esta concepción, cada juez está obligado a la comprobación, pero el Tribunal Constitucional Federal tiene la reserva de la reprobación a su cargo. El monopolio de reprobación del Tribunal Constitucional Federal, sirve para la protección del legislador parlamentario, pues debe evitarse que cada juez se sobreponga a la decisión del Parlamento y pueda ignorar una ley emitida por éste a causa de una (supuesta) inconstitucionalidad. De ello se sigue que el monopolio de reprobación del Tribunal Constitucional Federal se limita a las leyes (leyes parlamentarias). Los reglamentos jurídicos y los estatutos expedidos por órganos del ejecutivo deben, por el contrario, ser examinados por los juzgados procesales respectivos, y cuando resulten inconstitucionales, deberán permanecer sin aplicación.

Las regulaciones vigentes para la jurisdicción no pueden ser transferidas fácilmente a la administración, pero sí es posible admitir determinadas conclusiones. En este punto, debe distinguirse entre las leyes que infringen la constitución y los reglamentos administrativos que son inconstitucionales o ilegales. En primer lugar, sobre las leyes, la autoridad administrativa no puede simplemente dejar de aplicar una ley, sino que tiene que examinar su conformidad con la Constitución cuando se presenten dudas. En este sentido, existe una coincidencia con la competencia de comprobación que poseen los jueces, aunque no es tan estricta como en su caso. Si una autoridad administrativa considera que una ley que debe aplicar en un caso concreto es inconstitucional, no es pertinente, sin embargo, una presentación ante el Tribunal

Constitucional Federal. El artículo 100, inciso 1° de la Ley Fundamental, no es aplicable directamente ni por analogía a la administración. De la competencia de reprobación que corresponde al Tribunal Constitucional Federal resulta, sin embargo, que la autoridad administrativa no debe reprobador incidentalmente y dejar sin aplicación una ley que según su criterio sea contraria a la Constitución, a menos que la inconstitucionalidad o la nulidad sea manifiesta o se trate de un caso de urgencia. Por otra parte, tampoco puede ignorar la inconformidad con la Constitución y aplicar la ley. Como solución a este dilema –no aplicar y no dejar de aplicar– se ofrece el procedimiento ante la autoridad administrativa superior más cercana. La autoridad administrativa por tanto, debe recurrir a la autoridad administrativa de nivel superior –como en las demás cuestiones jurídicas complejas y profundas–; si la autoridad administrativa superior también considera que la ley es inconstitucional debe dirigirse igualmente a la siguiente autoridad administrativa superior, hasta que la cuestión llegue al Gobierno y este pueda solicitar una decisión del Tribunal Constitucional Federal, de acuerdo con la regulación correspondiente del artículo 93, inciso 1° , numeral 2° de la Ley Fundamental. En la práctica, este procedimiento no se realiza porque es bastante lento y se detienen decisiones muchas veces apremiantes, y porque además, las autoridades consideran que las cuestiones constitucionales de alto grado de dificultad deben decidirse ante los tribunales.

Sobre los reglamentos jurídicos y los estatutos, generalmente se acepta el deber de comprobación. Nuevamente aquí resulta la competencia de reprobación, ya que el monopolio de reprobación del Tribunal Constitucional Federal no entra en acción. La reprobación principal por la autoridad de vigilancia y control, por ejemplo, la declaratoria de nulidad de un estatuto contrario a la ley expedido por un concejo municipal, se niega mayoritariamente por la doctrina. Un estatuto contrario a la ley debería ser derogado por la instancia que lo expidió (así: Gaceta del Tribunal Federal Administrativo, tomo 75, página 142). Ello es, según mi opinión, más que dudoso. Con respecto a lo anterior, se presentan opiniones en varios sentidos, en especial, sobre si la autoridad administrativa puede reprobador incidentalmente un reglamento jurídico o un estatuto, es decir, si puede dejar de aplicar la norma en el caso concreto. Esta posibilidad es negada parcialmente bajo la advertencia de la seguridad y la claridad jurídicas. A favor habla sin embargo, la circunstancia de que una norma antijurídica es nula y por eso no debe ser considerada. Esta cuestión tampoco desempeña en la práctica un papel importante, ya que se ofrece en la mayoría de los casos el control normativo por parte de los tribunales administrativos. En todo caso, esta cuestión requiere clarificación.

V. Los preceptos administrativos

1. Concepto

Los preceptos administrativos pertenecen a las fuentes del derecho en sentido extenso. Bajo esta denominación se entienden disposiciones de las autoridades superiores dirigidas a las subordinadas, o de los directores a los servidores administrativos subalternos. Los preceptos administrativos se diferencian de las normas hasta ahora tratadas en que no afectan a los ciudadanos o a cualquier otra persona fuera de la administración, sino que lo hacen con respecto a las autoridades o servidores administrativos subordinados. De esa manera, aquellos no pertenecen al derecho externo sino al derecho interno. Solamente bajo ciertos presupuestos obtienen efecto externo, como a continuación se expondrá.

2. Clases de preceptos administrativos

La función de los preceptos administrativos puede aclararse de mejor manera si se consideran sus clases de modo más cercano. Se puede diferenciar preceptos de organización y de servicio, directivas de discrecionalidad, de interpretación y directivas que reemplazan leyes.

- Los preceptos de organización y de servicio regulan la organización interna y la prestación del servicio por parte de las autoridades. Por ejemplo, la división interna de la autoridad, la distribución de funciones, los tiempos de servicio etc.

- Las directivas de interpretación contienen determinaciones sobre la interpretación de elementos típicos legales, en especial, sobre la concreción de los así llamados conceptos jurídicos indeterminados. Casi todas las leyes suscitan preguntas jurídicas. Ellas deben ser aclaradas por las directivas de interpretación para facilitar el trabajo de los funcionarios ejecutores y para asegurar una aplicación uniforme de las normas jurídicas. Ejemplo: según el artículo 12, inciso 4° de la ley del servicio militar obligatorio, una persona obligada a prestar el servicio militar, deberá ser eximido por solicitud de ésta cuando la incorporación signifique para ella una carga especial a causa de razones personales, como por ejemplo, si la incorporación interrumpe “un grado de formación bastante avanzado”. Es incierto qué debe entenderse como “grado de formación bastante avanzado”. El Ministro Federal de Defensa ha precisado esta expresión por medio de un precepto administrativo (cfr. sobre esto Gaceta del Tribunal Federal Administrativo tomo 34, páginas 278 y ss.). Las directivas de interpretación sobre el impuesto a los ingresos tienen un empleo muy considerable porque están llamadas a aclarar numerosas dudas y preguntas que suscita la ley del impuesto a los ingresos. Es conocido ampliamente que las oficinas de hacienda se orientan realmente por estas directivas.

- Las directivas de discrecionalidad, se presentan cuando la administración, en caso de existencia de un tipo legal, no se encuentra estrictamente vinculada, por éste, sino que permite un cierto margen de actuación y de decisión. Las directivas determinan de qué modo las autoridades particulares deben hacer uso de su poder discrecional y sirven para un ejercicio uniforme y parejo de la

discrecionalidad. Ejemplo: según la ordenanza de construcción de un estado federado, puede ordenarse la demolición de un edificio ilegalmente construido. La expresión “Puede” significa que la administración tiene un margen de discrecionalidad. El órgano administrativo superior de la autoridad competente para decretar la demolición, puede ordenarla por razones de protección del paisaje, mediante la eliminación de todas las casas construidas ilegalmente en el ámbito no urbano que sobrepasen cierto tamaño.

- Los preceptos administrativos que remplazan leyes son expedidos, cuando un ámbito determinado debe ser reglado por carecer en gran parte, de regulaciones, y cuando estas definitivamente no existen.

El ejemplo típico son las directivas de subvención. Así, cuando en el presupuesto general de la federación se asigna una suma determinada para subsidios a la viticultura, se plantea entonces la pregunta de quién debe recibir dicho subsidio, cuánto, bajo cuáles requisitos y condiciones. Si falta una regulación legal, el Ministro competente expide el precepto administrativo correspondiente que llene estos vacíos legales.

3. Fundamentos de los preceptos administrativos

Fundamento de los preceptos administrativos es la estructura jerárquica de la administración, de la cual resulta, por un lado, la competencia de la instancia superior de impartir instrucciones y por el otro lado, el deber de obediencia de las autoridades administrativas y servidores administrativos inferiores. La competencia de impartir instrucciones, que llega del ministro, pasando por el así llamado presidente de gobierno regional, hasta los funcionarios y autoridades municipales, debe garantizar la uniformidad de la administración. El funcionario administrativo tiene que observar y cumplir los preceptos administrativos como parte de la organización administrativa estatal –no como persona privada–. En oposición a los reglamentos jurídicos, el precepto administrativo no requiere una autorización legal. Basta el poder de dirección del jefe administrativo. Una autorización legal o incluso constitucional sólo es necesaria excepcionalmente, cuando el precepto administrativo sobrepasa el ámbito oficial y de competencia de la autoridad promulgadora. Esto vale, por ejemplo, para los preceptos administrativos del Gobierno Federal que regulan la ejecución de las leyes federales por autoridades administrativas de los Estados federados. El Gobierno Federal no es superior a los gobiernos de los estados Federados, esto es, no es autoridad superior con respecto a ellos. Por eso, la Ley Fundamental autorizó expresamente al Gobierno Federal para la promulgación de tales preceptos administrativos (artículos 84, inciso segundo; 85, inciso segundo de la Ley Fundamental).

4. El efecto vinculante de los preceptos administrativos

Los preceptos administrativos vinculan, como se ha expuesto, solamente al interior de la administración. Los ciudadanos no están autorizados ni obligados por los preceptos administrativos. Cuando un ciudadano demanda un acto administrativo que se ha fundado sobre un precepto administrativo, los tribunales no deben examinar la compatibilidad del acto administrativo con el precepto administrativo, sino con las normas jurídicas vigentes. Sin embargo, esta concepción restrictiva no se puede sustentar de manera estricta. A pesar de que los preceptos administrativos no alcanzan jurídicamente al ciudadano, lo afectan por lo menos de manera fáctica, porque las autoridades administrativas se orientan y actúan con respecto a él.

Lo anterior, aparece demostrado con la directiva sobre subvenciones. Por ejemplo: X solicita una subvención; la solicitud es negada; X considera que los presupuestos de la directiva de subvenciones para la concesión de la subvención solicitada por él están dados y por eso la negativa es ilegal. Entonces, X no puede hacer valer la infracción de la directiva, porque sólo tiene efecto interno dentro de la administración. Sin embargo, puede hacer valer el que está siendo afectado su derecho a la igualdad de trato por la no concesión de la subvención. El Tribunal Federal Administrativo y la doctrina dominante argumentan de la siguiente manera: los preceptos administrativos fundamentan una práctica administrativa determinada, ya que se debe suponer que si las autoridades administrativas han venido actuado de determinada manera hasta ahora, en el futuro actuarán de la misma manera. Las autoridades administrativas están obligadas a una actuación uniforme y no deben por eso apartarse de sus prácticas constantes sin tener una razón material; si de todas formas, lo hacen, vulneran así el principio de igualdad. El solicitante puede entonces reclamar la infracción de su derecho a la igualdad de trato del artículo 3°, inciso 1° de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se habla de un efecto externo mediato de los preceptos administrativos. Mediato porque el efecto se transmite por la práctica administrativa y el principio de igualdad. Ciertamente la construcción del efecto externo mediato no es incuestionable. Existen voces notables que ven en eso un desvío necesario y que continuamente, o por lo menos en determinados grupos de casos, aceptan un efecto inmediato de los preceptos administrativos. Esa “vía

corta” es sin embargo, difícil de fundamentar de acuerdo a la dogmática jurídica.

Según la concepción general, el precepto administrativo no tiene el mismo efectovinculante como lo tienen leyes y reglamentos jurídicos, también cuando alcanzan efectos externos. Mientras que las normas jurídicas requieren observancia sin excepción (en tanto que ellas mismas no prevean excepciones), se puede adaptar la práctica administrativa constante, en casos atípicos especialmente configurados.

Un tal desvío puede en determinadas circunstancias infringir los preceptos administrativos más no significa una infracción del principio de igualdad, porque las circunstancias determinadas justifican una reglamentación especial bajo el aspecto del principio de igualdad, y tal vez incluso la imponen.

VI. El derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario no nace –como el conjunto de normas jurídicas escritas– por un acto legislativo único y formalizado procedente de un órgano estatal, sino sucesivamente por la conducta y convicción jurídica de los afectados. Presupuesto del derecho consuetudinario es, por un lado, un uso permanente y uniforme (consuetudo) y por otro, la convicción de los participantes de que ese uso es jurídicamente indicado (opinio juris). El Legislador en este caso es la propia comunidad jurídica. Ocasionalmente se exige como otro presupuesto, el reconocimiento por los tribunales esto de manera general - no es acertado. Lo correcto es ciertamente que, en casos de conflicto, un tribunal deba examinar si el derecho consuetudinario que busca hacerse valer por una parte, existe o no. Por lo tanto, en este caso, el Derecho Consuetudinario depende del reconocimiento judicial.

Mientras que anteriormente el derecho consuetudinario ocupó un papel dominante incluso hace mucho tiempo sólo existía el derecho consuetudinario – hoy en día sólo juega un papel subalterno–. La causa de esto es, por un lado, la multitud de normas jurídicas escritas, y por el otro, el rápido desarrollo de las circunstancias y los diferentes conceptos en una sociedad pluralista, que se oponen al derecho consuetudinario creado para un tiempo prolongado y para efectuar concordancias jurídicas. El derecho consuetudinario se presta, sobre todo, para superar lagunas donde faltan leyes escritas o donde son incompletas; se puede imponer no sólo *praeter legem*, sino también *contra legem*.

El Derecho consuetudinario existe en todos los niveles y en todas las áreas del derecho. Por las lagunas existentes en el derecho administrativo este ofrece incluso posibilidades especiales. Por otra parte, el derecho consuetudinario encuentra en el Derecho Administrativo, por la reserva de ley que exige en gran medida una regulación a través de una ley parlamentaria, límites especiales.

En la jurisprudencia aparece el derecho consuetudinario sólo escasamente. Generalmente concierne a cuestiones del ámbito local, por ejemplo, derechos de aprovechamiento, cargas de construcción y restauración de iglesias y aspectos de derecho vial. Es notable la concepción del Tribunal Constitucional Federal, que

regula la colisión temporal de normas, según la cual, la ley posterior suprime la ley anterior (*lex posterior derogat legi priori*); ello ha sido establecido por el derecho consuetudinario con la consecuencia de que su aplicación no depende de la voluntad del que profiere la norma (Gaceta del Tribunal Constitucional Federal, tomo 85, paginas 289 y 292).

VII. El derecho de la Unión Europea

Finalmente, debe abordarse brevemente el derecho de la Unión Europea, que se superpone y limita el derecho alemán progresivamente. La Unión Europea (UE), que actualmente está compuesta por 27 Estados europeos, solamente no es una confederación, pero tampoco (hasta ahora) un Estado federal, sino en cierto modo es una combinación de ambos tipos de organización estatal. El Tribunal Constitucional Federal y parte de la doctrina hablan de una “asociación de estados” para aludir la particularidad de la Unión Europea. El Derecho de la Unión Europea constituye una esfera jurídica autónoma; sus normas no se encuentran aisladas al lado o sobre el derecho nacional, sino que lo complementan, modifican y lo suprimen. La doctrina distingue entre el derecho primario de la Comunidad y el derecho secundario.

El derecho primario de la Comunidad está compuesto por el tratado de fundación de 1957, el cual no sólo estableció la Comunidad Europea por vía de un acuerdo de derecho público internacional, sino al mismo tiempo determina circunstanciadamente los objetivos, estructuras, órganos y competencias, lo cual configura en cierto modo, su constitución. El tratado de fundación es complementado por modificaciones posteriores y por principios generales del derecho comunitario desarrollados por el Tribunal Europeo.

El derecho secundario de la Comunidad abarca las prescripciones que han sido emitidas por los órganos de la Unión Europea en virtud del tratado de fundación. Según el artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (anteriormente el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) dos tipos de regulaciones entran en consideración. A saber, el reglamento y las directivas. El reglamento vale directamente en el ámbito de los Estados miembros; debe ser respetado por todas las autoridades administrativas y tribunales y establece, dado el caso, derechos y obligaciones para el ciudadano. Las directivas, al contrario, se dirigen a los propios Estados miembros y los obligan a convertir los objetivos consignados en la directiva respectiva en derecho nacional de los miembros de la Comunidad. La elección de la forma y del medio de esta incorporación al derecho interno esta a cargo de los Estados miembros. Si la incorporación no resulta suficiente o en el tiempo

oportuno, la directiva puede, bajo ciertos presupuestos, obtener validez directa.

El verdadero órgano de la Unión Europea que impone el derecho no es el Parlamento Europeo, sino el Consejo de Ministros, que se compone de un ministro por cada Estado miembro, que representa por tanto, el poder ejecutivo de los Estados miembros. El Parlamento Europeo solamente tiene derechos de cooperación, que sin embargo han venido aumentando considerablemente con el transcurso del tiempo.

El derecho comunitario prevalece en caso de colisión con el derecho nacional. Por lo tanto, toda contradicción es solucionada a favor del derecho comunitario. Así, como igualmente, prevalece el derecho federal en la relación entre el derecho federal y el derecho de los estados federados. Sin embargo, no existe –a diferencia de la relación Federación-Estados federados– una prevalencia de validez, sino una prevalencia de aplicación. La norma nacional que contradice el derecho comunitario no pierde su validez, por lo tanto, no es nula o ineficaz, sino solamente inaplicable. Si la norma del derecho comunitario es derogada posteriormente, la norma nacional nuevamente es aplicable. Pero, en realidad, eso no significa mucho porque las normas del derecho comunitario, por regla general, permanecen vigentes o son sustituidas por otras, así que la norma nacional permanece inaplicable a la larga.

Un problema sobre todo, resulta cuando una norma de derecho comunitario infringe –real o presuntamente– derechos fundamentales del derecho constitucional nacional. Cuando, por ejemplo, una limitación jurídica-económica de un reglamento del derecho comunitario no es compatible con la libertad de profesión y oficio del artículo 12 inciso 1° de la Ley Fundamental. Esa problemática se desmonta porque existe en el ámbito de la Comunidad Europea una protección suficiente de los derechos fundamentales, equivalente a la del derecho alemán. Si por tanto, se presentara una infracción contra un derecho fundamental alemán, sería al mismo tiempo afectado un derecho fundamental jurídicomunitario, que podría ser demandado ante el Tribunal Europeo. El Tribunal Constitucional Federal considera que en este caso él no sería competente. Sin embargo, añade, que decidiría, dado el caso concreto, cuando la protección de los derechos fundamentales de la Comunidad Europea fuere esencialmente inferior a la protección de los derechos fundamentales garantizada por el derecho constitucional alemán (Gaceta del Tribunal Constitucional Federal tomo 73, paginas 339 y 375 ss.; tomo 89, paginas 155 y 175 ss.).

El derecho de la Unión Europea, determina amplias áreas del derecho económico, pero también otras áreas del derecho. Por ejemplo, el derecho laboral, el derecho social, el derecho de formación, el derecho a la cultura etc. Más allá, actúa indirectamente en virtud de su efecto remolino sobre otros ámbitos, que (todavía) no son asimilados por el derecho comunitario. El Tribunal Europeo, (situado en Luxemburgo y que no debe confundirse con el Tribunal Europeo para los Derechos Humanos que funciona en Estrasburgo), vigila el cumplimiento del derecho comunitario por parte de los Estados miembros y aporta esencialmente a la creación jurídica del derecho comunitario mediante el desarrollo de principios jurídicos generales. Dicho tribunal se esfuerza, sobre todo, por imponer la prevalencia del derecho comunitario europeo frente al derecho de los Estados miembros.

Capítulo II

Vinculación a la ley, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

El Derecho Administrativo se conforma a partir de una gran serie de principios. El más importante, seguramente, sea el principio de legalidad. Este se compone de dos elementos: 1º La prevalencia de la ley y 2º la reserva de la ley. La prevalencia de la ley expresa y comporta la vinculación de la administración a las leyes vigentes. La reserva, a su vez, exige un fundamento legal y de autorización para las actividades de la administración.

I. La vinculación de la administración a la ley

Las autoridades administrativas tienen sobre todo la tarea de cumplir la ley. En la interacción entre la expedición de leyes generales y abstractas a través del parlamento y el cumplimiento de éstas, en un caso concreto a través de las autoridades administrativas, se materializa una parte de la división de poderes y con esto un presupuesto del Estado liberal. El cumplimiento de la ley no es, sin embargo, la única tarea de las autoridades administrativas, porque ellas también, por su propia iniciativa y en un ámbito no legislado, pueden y deben ser activas. Pero por supuesto, la ejecución la ley marca a la administración de manera considerable.

La ejecución de la ley es la aplicación del derecho. En el marco de la aplicación del derecho, los conceptos de discrecionalidad y margen de juzgamiento se vuelven también significativos. Por ello, a continuación trataré la estructura de la aplicación del derecho.

Las normas jurídicas están regularmente constituidas por dos elementos, el: elemento típico y el efecto jurídico que son ordenados de acuerdo con el esquema “si – entonces”. Si un determinado estado de cosas de la vida es subsumible bajo el elemento típico legal, entonces se aplica el efecto jurídico previsto legalmente.

Ejemplo: Si alguien tiene unos ingresos de 5.000 Euros, entonces debe pagar 2.000 Euros de impuestos sobre la renta. Si los presupuestos legales para la construcción de un edificio se reúnen, las autoridades competentes deben expedir la respectiva autorización. Este esquema es válido, por lo demás, no sólo en el área del derecho administrativo, sino en todas las áreas jurídicas. Si dos personas de derecho privado celebran un contrato de compraventa, entonces el comprador debe pagar el precio y el vendedor entregar la cosa.

Si alguien comete un hurto, entonces debe ser penalizado.

La aplicación del derecho resulta entonces de cuatro pasos:

- Primero ha de determinarse y constatarse el estado de cosas real.
- A continuación, como segundo paso, ha de examinarse si el elemento típico es correspondiente y qué quiere decir.
- Como tercer paso, entonces ha de examinarse si el estado de cosas es subsumible dentro del tipo legal.
- Finalmente, si es pertinente, debe concluirse el efecto jurídico previsto para el caso concreto.

Los pasos determinados para la aplicación del derecho, son entonces:

- Investigación de los hechos
- Consulta e interpretación del elemento típico legal. Subsunción de los hechos bajo el elemento típico legal.
- Constatación del efecto jurídico resultante.

En el caso concreto expuesto de manera esquemática, los procesos se encadenan unos a otros. El estado de cosas se debe investigar a la luz de un elemento típico legal concreto.

Para la interpretación de la ley, son observables tanto el concreto estado de cosas como la realidad circundante. La aplicación del derecho no es sólo una conclusión lógica, sino también un procedimiento de reconocimiento valorativo. No obstante, resulta sensato mantener siempre presente este esquema para la aplicación jurídica.

La vinculación a la ley tiene efectos en dos sentidos. Por un lado, ella coloca a las autoridades administrativas en dependencia del parlamento y de las leyes expedidas por él. Por otro lado, somete a las autoridades administrativas al control del ordenamiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que de acuerdo a la cláusula general de la jurisdicción administrativa, consagrada en el parágrafo 40 de la ley de organización de la jurisdicción administrativa¹, el control jurisdiccional comprende (casi) la totalidad de la actividad de la administración. La administración aparece entonces bajo una

doble relación de vinculación y de dependencia; ella se ubica entre el legislador determinante y entre la jurisdicción contencioso administrativa controladora. La sospecha siempre expresada de que la administración puede resultar abrumada en virtud de la estrechez entre esos dos límites, sin embargo, no se justifica. La administración es titular no sólo de una propia legitimidad jurídico constitucional y democrática, sino que es lo suficientemente fuerte como para poder autoafirmar su posición entre el parlamento y los tribunales contencioso administrativos.

Los tribunales contencioso administrativos actúan –al igual que las autoridades administrativas– como activos aplicadores del derecho. Estos fijan el estado de cosas, interpretan de acuerdo a los elementos típicos y luego aplican la ley al caso concreto. Sin embargo, no puede olvidarse una diferencia esencial consistente en que las autoridades administrativas cumplen las leyes, los tribunales contencioso administrativos, por el contrario, verifican el cumplimiento de la ley por parte de las autoridades administrativas. De lo anterior, se derivan límites a los que más tarde me voy a referir. Más allá, es significativo que los tribunales contencioso administrativos, con posterioridad, modifican las actuaciones de las autoridades administrativas. Los tribunales tienen la última palabra. Porque los tribunales contencioso administrativos toman decisiones con fuerza de derecho y por tal motivo son vinculantes y finales. Se habla, también, de la “última decisión jurídica” de los tribunales.

La vinculación a la ley de la administración puede ser estricta. Este es el caso cuando frente a unos elementos típicos cumplidos, sólo puede darse un efecto jurídico. La administración entonces debe actuar de acuerdo a la respectiva norma legal. La vinculación a la ley puede también ser laxa. Este es el caso, cuando las autoridades administrativas reciben un cierto margen de acción y de decisión. El margen de acción es abierto a través de prescripciones de discrecionalidad que le brindan a las autoridades la elección entre diferentes efectos jurídicos. Los márgenes de decisión serán proporcionados mediante los así denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, que son de naturaleza valorativa y por eso garantizan un cierto margen de juzgamiento en su aplicación. La discrecionalidad reposa del lado de los efectos jurídicos. El concepto jurídico indeterminado y su correspondiente margen de decisión reposa, por el contrario, en el lado de los elementos típicos de la norma. El asunto de en qué medida la administración tiene un margen de discrecionalidad y un margen de juzgamiento es cuestionable y disputado. Puede decirse, en todo caso, que si los mismos existen el control legal por la jurisdicción contencioso

administrativa es correspondientemente limitado y las autoridades administrativas tienen la última decisión, ya no los tribunales contencioso administrativos.

II. La discrecionalidad de la administración

1. Concepto y significado

La discrecionalidad se encuentra, como se expuso, del lado de los efectos jurídicos de una regulación jurídica. Esto ocurre entonces, cuando las autoridades, ante el cumplimiento de unos elementos típicos, pueden decidir entre diversos efectos jurídicos y con esto tienen un margen de acción. La discrecionalidad decisiva concierne a la pregunta de si las autoridades deben ser activas e intervinientes. La discrecionalidad electiva se refiere, por el contrario, a la pregunta de cuál de los posibles y admisibles tratamientos en el caso concreto debe ser realizado.

Ejemplo: De acuerdo con la cláusula general de policía, ante la presencia de un peligro para la seguridad y el orden públicos “se han de tomar las decisiones necesarias de acuerdo a la discrecionalidad debida”. Queda entonces para el funcionario de policía establecer, si en el caso concreto, quiere intervenir y qué medidas han de tomarse en caso de intervención.

El significado de la discrecionalidad reposa en la consideración según la cual, todas las actividades que desarrollan las autoridades en el marco de esa misma discrecionalidad, se encuentran de acuerdo con el derecho y con ello, su examen por la jurisdicción contencioso administrativa debe ser admitido. Es un punto irrelevante si las respectivas actividades de acuerdo a la finalidad, resultan sensatas y razonables jurídicamente. La decisión sobre esto descansa finalmente en el área de la responsabilidad de la administración. Es destacable, sin embargo, que la cuestión de la discrecionalidad cobra vigencia sólo cuando los elementos típicos de la regulación legal se encuentran cumplidos. Por eso, el examen de discrecionalidad sólo puede comenzar si ello es así. Si, por ejemplo no se presenta ningún peligro para la seguridad jurídica o para el orden público, no podrían intervenir las autoridades de policía. Posiblemente, bajo este supuesto, consideraciones de discrecionalidad serían excluidas desde el principio.

El instituto jurídico de la discrecionalidad tiene también para el Estado de Derecho y para su propia coherencia una justificación. El legislador casi nunca se encuentra en la posibilidad de abarcar una gran cantidad de hechos configurativos de la vida y de producir una regulación que esté dirigida a todas

las posibilidades y alternativas que pueden darse en la práctica. La discrecionalidad administrativa se ofrece entonces como una solución. El legislador define el marco y ofrece la dirección hacia la que se debe avanzar; la administración debe observar esta regla y en atención a las concretas circunstancias del caso determinado, ha de encontrar la solución apropiada y adecuada. Las autoridades tienen entonces que repensar la concepción de la legislación y sobre el caso determinado lo han de concretar; tienen que decidir de acuerdo a cómo el legislador hubiera decidido en el mismo caso.

2. Los presupuestos de la discrecionalidad

La cuestión de si la administración se encuentra estrictamente vinculada a la ley o si tiene un margen de discrecionalidad, no se determina de acuerdo a los principios generales, sino de acuerdo a la respectiva regulación jurídica. El legislador decide entonces sobre, si y en qué medida, quiere dispensar a la administración de la vinculación y con esto, también, del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa.

En el derecho alemán se ha expresado tal posibilidad a través de expresiones como: “puede”, “está permitido”, “está justificado”, etc.; mientras que las palabras “tiene que”, “no tiene permitido” etc., expresan una vinculación estricta de la administración a la ley. Según eso, la autoridad, tiene que actuar, por regla general, en un determinado sentido; puede, sin embargo, en casos legales atípicos apartarse de este.

3. Límites y vinculación de la discrecionalidad

De la finalidad de la discrecionalidad se obtienen también las vinculaciones y los límites de esta figura. El parágrafo 40 de la ley de procedimiento administrativo determina: “Si una autoridad está habilitada a obrar de acuerdo a su discrecionalidad, tiene que ejercerla de acuerdo a la finalidad de la autorización y ha de respetar sus límites legales”. El parágrafo 114 de la ley de organización de la jurisdicción administrativa, contiene la misma regulación, sin embargo, aquí más desde la óptica de dicha jurisdicción. Cuando la autoridad administrativa este habilitada para actuar de acuerdo a su discrecionalidad, el tribunal contencioso administrativo también examinará si el acto, el rechazo o la omisión del acto administrativo, es contrario a derecho; si los límites legales de la discrecionalidad han sido sobrepasados o si la discrecionalidad no ha sido utilizada de manera correspondiente a la finalidad de la autorización”.

Las dos prescripciones muestran que no hay ninguna discrecionalidad indeterminada o libre, sino una discrecionalidad vinculada jurídicamente. Si una autoridad administrativa no atiende a estas vinculaciones, actúa en contra del derecho. En la literatura jurídica se habla de los errores de discrecionalidad. Contra estos nada es oponible, siempre y cuando se observe que estos errores de discrecionalidad son tomados exactamente como errores jurídicos. Los tribunales están obligados a examinar el cumplimiento de las vinculaciones de la discrecionalidad y a revocar por ilegalidad una decisión discrecional que obedezca o contenga errores jurídicos.

En la literatura jurídica, se dividen los errores de discrecionalidad atendiendo a diferentes características y aspectos. En general, se diferencian los siguientes tres grupos:

a) No utilización de la discrecionalidad: se presenta cuando la autoridad no hace uso de la discrecionalidad con la que cuenta. Este podría ser el caso, sobre todo, cuando la autoridad es de la opinión de que se encontraba vinculada jurídicamente, sin embargo, en realidad poseía un margen de discrecionalidad. Cuando la autoridad tiene una discrecionalidad decisiva, entonces debe intervenir de acuerdo a ella, pero por supuesto se ha de examinar si la

intervención en el caso concreto es o no conveniente.

b) Extralimitación de la discrecionalidad: Es la situación contraria a la no utilización de la discrecionalidad. Se presenta cuando la autoridad traspasa el marco dispuesto por la legislación para su discrecionalidad. Por ejemplo, cuando elige un efecto jurídico no previsto. Si una ley determina una multa o una tasa de cien hasta ciento cincuenta euros, entonces la autoridad puede, si bien de acuerdo a su discrecionalidad, determinar una cifra para la sanción dentro de este margen. Sin embargo, no puede superar ese límite de discrecionalidad, lo cual ocurriría si exigiera una suma de doscientos euros.

c) Uso abusivo de la discrecionalidad (abuso de la discrecionalidad): Se presenta cuando la autoridad no se deja guiar por la finalidad de la prescripción que consagra su discrecionalidad. Esto vale no solo para cuando la autoridad tiene un motivo subjetivo, sino también cuando si bien aduce un fundamento pertinente, este sin embargo no se encuentra cubierto por la finalidad legal. Puede, por ejemplo, prohibirse una manifestación sólo a causa de amenazas que puedan producirse de actividades violentas. Sin embargo, la misma manifestación no podrá prohibirse por causa de motivos políticos que abriguen las autoridades. La autorización para el funcionamiento de un quiosco de periódicos en una vía pública puede negarse sólo por causa de motivos relacionados con la seguridad del tráfico, sin embargo, no a causa de la venta de determinadas revistas.

d) Violación de derechos fundamentales y principios generales de la administración: La autoridad debe actuar observando los derechos fundamentales y los principios de la administración. Con más veras cuando se trata del ejercicio de la discrecionalidad. Lo anterior no admite discusión, sólo que el ordenamiento sistemático de este límite no es claro. De los derechos fundamentales, siempre actuales en este contexto, hace parte, en primer lugar, el principio de igualdad (artículo 3, inciso primero de la Ley Fundamental Alemana). Por ejemplo - para retomar el caso de las multas -, la autoridad exige siempre 100 Euros para una determinada prestación o servicio de la administración. Para la misma prestación, sin embargo, en un caso determinado y sin motivo aparente, exige intempestivamente 150 Euros. Aunque la autoridad permanece en el marco de la discrecionalidad de la contribución, pues en verdad no se presenta ningún caso de extralimitación de la misma, no es menos cierto que se está lesionando el principio de igualdad. Una larga y constante práctica administrativa conduce, en virtud del mismo principio, a la autovinculación de la administración y restringe por tanto considerablemente el margen de

discrecionalidad. Igualmente, los derechos fundamentales de libertad pueden verse comprometidos. Así por ejemplo, con la expulsión de un extranjero que esta casado con una alemana, ha de observarse que la expulsión conducirá probablemente a la separación de la cónyuge y por tal circunstancia puede atentarse contra la protección del matrimonio y de la familia, que está preceptuada en el artículo 6º, inciso 1º de la Ley Fundamental alemana. La autoridad obraría desconociendo el derecho si, examinado este punto de vista, y tras la ponderación de todas las condiciones, sin embargo notifica la expulsión. Su actuar sería contrario a derecho si las autoridades no tienen en cuenta principalmente esta situación.

Claramente debe observarse el principio de proporcionalidad. De acuerdo a este, sólo es admisible una actuación administrativa, cuando en vista de la finalidad que se persigue, la misma es idónea, necesaria y proporcional.

- La actuación sólo es idónea si es capaz de alcanzar el efecto ambicionado.
- La actuación idónea sólo es necesaria si no se dispone de otros medios apropiados que lesionen en una menor medida a los afectados y a la comunidad en general.
- La actuación idónea y necesaria sólo es proporcional cuando ella surge, además, de una directa y equilibrada relación con el propósito perseguido.

4. Reducción de la discrecionalidad

Discrecionalidad significa que la administración puede escoger o elegir entre diferentes alternativas. En un caso concreto, esta puede reducir, sin embargo, la posibilidad de elección a una alternativa cuando todas las otras alternativas generarían responsabilidad por un error de discrecionalidad. La autoridad está entonces obligada a “elegir” la única decisión que le queda. Se habla en estos casos de la reducción a cero de la discrecionalidad o de la disminución de la discrecionalidad. Así por ejemplo, la policía –a pesar de que en principio tiene discrecionalidad– está obligada a intervenir solo si se presenta una amenaza muy grave contra la seguridad y el orden público, como en el caso de enfrentamientos violentos durante una manifestación.

5. Derecho a una decisión discrecional libre de errores

En la práctica, siempre conserva vigencia la pregunta de si el ciudadano puede abrigarse la pretensión a una decisión discrecional libre de errores de la autoridad. Por ejemplo: el ciudadano B habita en una casa en terreno propio. El ciudadano N levanta un edificio para una fábrica en el terreno vecino, lo que de acuerdo con el entendimiento de B es ilegal ¿Puede B exigir a la autoridad que proceda contra el ciudadano N? Para ello, debería examinarse, primero, si existe específicamente una norma jurídica que pueda ser consultada como fundamento jurídico para la intervención de las autoridades. Si ello es así, deberá adicionalmente examinarse si esa norma limita a las autoridades o si sólo le abre un margen de discrecionalidad. Finalmente, ha de examinarse si la norma del derecho de construcción, que constituye el fundamento jurídico para la intervención de aquellas, es igualmente un fundamento para un derecho subjetivo del ciudadano. En tal caso, ya no sólo el interés público sino también el interés del ciudadano B es determinadamente útil para el mismo.

Cuando ello es así, entonces el ciudadano B tiene una pretensión a una intervención, o una pretensión a una decisión discrecional libre de errores. En el primer caso se expide una sentencia obligatoria; en el segundo una sentencia resolutive (Parágrafo 113 inciso 5° de la ley de organización de la jurisdicción administrativa).

III. Conceptos jurídicos indeterminados y margen de juzgamiento

Mientras que la discrecionalidad aparece en el lado de los efectos jurídicos, los conceptos jurídicos indeterminados se asientan en el lado de los elementos típicos de la regulación legal. Tales conceptos plantean una de las problemáticas correspondientes a la discrecionalidad, concretamente a la pregunta de si la administración, a través del uso de un concepto jurídico indeterminado, conserva un margen de juzgamiento, aspecto que sólo puede ser revisado de manera limitada por la jurisdicción. Esta cuestión es altamente controvertida hace cien años, desde el surgimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que se han visto, una y otra vez, considerables variaciones y cambios doctrinales y jurisprudenciales. Mientras la jurisprudencia actual se niega por principio, a permitir un margen de juzgamiento de la administración –con algunas excepciones– una parte de la literatura jurídica ha querido, por el contrario, sostenerlo. Antes de abordar con detenimiento el punto, son necesarias algunas observaciones en relación con la noción de concepto jurídico indeterminado.

1. El concepto jurídico indeterminado

Existen elementos típicos legales que son inequívocos y no causan dificultades de interpretación y aplicación. Así por ejemplo, indicaciones de tiempo y lugar. Además hay elementos típicos legales claros que a través de la jurisprudencia y de la ley han sido precisados, entre ellos, los conceptos de propiedad, contrato, acto administrativo, etc. Sin embargo, también hay elementos típicos y conceptos legales que se mantienen generales, que exigen valoración o pronóstico necesario y posibilitan un completo abanico de interpretaciones. Estos, son los así denominados “conceptos jurídicos indeterminados”. A ellos pertenecen, por ejemplo: “el interés público”, “el bienestar general”, “un motivo trascendente”, “la confiabilidad”, “la necesidad” y el de “casos graves y especiales” etc. La interpretación y aplicación de semejantes conceptos jurídicos indeterminados puede compeler a considerables dificultades y dudas. Esto vale, por ejemplo, para las autorizaciones legales para el ejercicio de industria y comercio, que sólo pueden ser otorgadas si el solicitante tiene la necesaria confiabilidad. Es cuestionable, de entrada, qué ha de entenderse bajo el concepto de confiabilidad en el sentido de esa regulación. Todavía puede ser más cuestionable, si en un caso particular, el solicitante tiene la suficiente confiabilidad. Hay seguramente muchos casos, en los cuales la confiabilidad debe ser afirmada inequívocamente o también en los que claramente debe ser negada.

También hay casos intermedios en los que no es posible una determinación clara. En sí, no hay sino una respuesta acertada. El solicitante es confiable o no lo es. No puede ser correcto al mismo tiempo que en un mismo abordamiento jurídico se presenten las dos situaciones. No obstante, es dudoso que en estos casos límites exista una decisión correcta de manera inequívoca. El problema del concepto legal indeterminado se encuentra en el sector de la comprobación. La aplicación de estos conceptos exige, según el caso, una valoración y a menudo también un pronóstico. Esto sólo es posible, si diferentes puntos de vista o aspectos, que en parte pueden ser muy diferentes, son tenidos en cuenta, valorados y confrontados entre sí. La única decisión legal en sí, no siempre se deja determinar claramente.

Resulta aún más clara esta problemática en el derecho de protección de los monumentos.

Según la ley de protección de los monumentos, un edificio que es “digno de conservación”, en principio no puede modificarse o ser demolido. ¿Qué es “digno de conservación”? El legislador ofrece, ciertamente, una explicación y determina en qué medida se justifica ampliamente el mantenimiento del edificio, apelando a su importancia histórico-artística o, en general, histórica y en ello reposa, entonces, el interés público. No obstante lo anterior, es aún muy general y permite todavía una valoración.

La cuestión cobra trascendencia, por ejemplo, si el propietario quiere modernizar su edificio y convertirlo en una fábrica, mientras que por su parte la autoridad se opone con la alegación de la dignidad monumental. La edificación es merecedora de protección o no lo es. Pero, ¿qué es aquí lo correcto?

La autoridad administrativa, a pesar de estas dificultades y dudas debe, en el caso concreto, reducir todo a una determinada decisión. No puede dejar abiertas las cuestiones de la confiabilidad, de la “dignidad de conservación”, o del interés público, etc. Dudoso y discutible es sin embargo, que los tribunales administrativos estén en capacidad de reexaminar y sustituir una decisión semejante de la administración, derivada o construida sobre un concepto legal indeterminado, por su propia decisión.

2. La polémica alrededor del margen de juzgamiento

Anteriormente el concepto jurídico indeterminado, ha sido clasificado como una parte de la discrecionalidad. La administración debería tomar, de acuerdo a su discrecionalidad, la decisión correcta si el legislador utiliza conceptos legales indeterminados. Se diferenció, de acuerdo con eso, entre la discrecionalidad de tratamiento del lado de las consecuencias jurídicas y la discrecionalidad decisional desde el lado de los elementos del tipo legal. En el primer caso, se trata de poder discrecional volitivo, en el segundo caso de valoración cognoscitiva. Así, con la discrecionalidad de tratamiento, puede también reexaminarse la discrecionalidad decisional, solamente en cuanto a si se observaron los límites discrecionales y las vinculaciones de la discrecionalidad.

Después de 1949, y en virtud de la expedición de la Ley Fundamental y la fundación de la República Federal de Alemania, se efectuó un cambio básico. Sobre todo, la jurisprudencia opinó, en adelante, que el concepto jurídico indeterminado como condición jurídica del acto administrativo, sería en principio plenamente revisable. Para fundamentar esto, se recurrió al art. 19 inciso 4° de la Ley Fundamental, que concede una protección jurídica extensa y completa del ciudadano frente a una actuación administrativa ilegal. Los tribunales administrativos estarían, pues, obligados a reexaminar completamente las decisiones de la administración desde el punto de vista jurídico y fáctico, incluso cuando ellas se basen en conceptos jurídicos indeterminados.

En la literatura jurídica, esta nueva tendencia encontró gran acogida, pero también algún rechazo.

Las contrapartes de esa discusión fueron representadas, sobre todo, por Otto Bachof con su teoría del margen de discrecionalidad y por Carl Hermann Ule con su teoría de la sustentabilidad. Por lo demás, los dos profesores de derecho administrativo publicaron casi simultáneamente sus tesis en 1955. De acuerdo a Bachof, las autoridades administrativas no tendrían garantizado, a través de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, ningún margen de discrecionalidad, pero si un margen de juzgamiento. Las autoridades estaría habilitadas, por tanto, para la evaluación responsable de las conclusiones que

resulten del concepto jurídico indeterminados para el caso concreto, que sólo podría, ser revisado judicialmente de manera limitada. De acuerdo a Hermann Ule, la decisión tomada en el marco de lo sustentable por la autoridad administrativa debe ser vista como conforme a derecho, si, con la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, varias soluciones son justificables. En la misma dirección, aunque con más reservas, la teoría de la “prerrogativa de valoración”, representada por Hans J. Wolff, contempla que: si el concepto legal indeterminado exige una “estimación” –en particular por lo que se refiere a su evolución futura– que no podría ser seguida, y por ello, controlada por los tribunales, debería ser tomada justamente, con base en la “estimación” hecha por la autoridad. Las tres doctrinas acentúan aspectos particulares, coincidiendo, no obstante, en lo esencial. La teoría del margen de juzgamiento se impuso terminológicamente y materialmente. Como fundamento de ésta, se aduce sobre todo: que los conceptos jurídicos indeterminados permitirían valoraciones diferentes; por razones lógico- normativas la administración, por tanto, no podrían tomar sino una solución “correcta”. La administración posee, por otro lado, mayor competencia y experiencia y está mucho más estrechamente ligada que los tribunales contencioso administrativos a los problemas concretos; algunas decisiones son inmediatas e irrepetibles y en consecuencia, en esa misma medida, no revisables. Por último, no se puede omitir que la administración también recibe atribuciones de responsabilidad autónoma frente al legislador y a los tribunales, como poder público legitimado democráticamente.

Estos argumentos tienen un peso considerable, pero se enfrentan a pesar de todo, con las reservas y argumentos contrarios. Es correcto sostener que el concepto jurídico indeterminado permite distintas valoraciones; precisamente por ello, se podría argumentar que el control judicial resulta imperioso. El conocimiento material necesario podría también existir por regla general, en los tribunales contencioso administrativos ya que deciden como jueces especializados. Si en un caso concreto faltara el conocimiento específico, los tribunales tienen que hacerse expertos en el tema, o en caso necesario, solicitar la apreciación de peritos. En el derecho civil y en el derecho penal también existen conceptos jurídicos indeterminados que son reexaminados de forma innegable y plenamente por los tribunales penales y civiles. Además, los argumentos propuestos se basan en el margen de apreciación que debe emplearse para su interpretación, que sin duda, genera muchas dificultades prácticas. No obstante, dichos argumentos, ignoran la garantía constitucional de protección jurídica que exige, por principio, un examen completo y riguroso.

Con el tiempo se impuso una línea media. Resulta indiscutible que la presencia de un concepto jurídico indeterminado, por si solo, no abre ningún margen de juzgamiento.

Esto vale en la medida en que entre los conceptos jurídicos determinados e indeterminados no existe ninguna clara frontera, sino un puente que los comunica. De acuerdo a la jurisprudencia y a la doctrina mayoritaria, un margen de juzgamiento solo es entonces –excepcionalmente– permitido si existen motivos especiales y si se da expresamente o, por lo menos, existe un reconocimiento suficiente para ello, ofrecido por el legislador (comparar entre las últimas: decisiones del Tribunal Federal Administrativo, tomo 94, página 307, tomo 100, página 221).

Un margen de juzgamiento, se manifiesta, bajo estos presupuestos, especialmente en decisiones sobre exámenes, sobre valoración de decisiones de comisiones especiales y en aquellas decisiones denominadas de pronóstico.

a) Decisiones de examen. Son sobre todo decisiones que evalúan la finalización de una determinada formación educativa. Por ejemplo, el examen final para el bachillerato que mide la educación escolar, o el examen final de una carrera universitaria. Estos exámenes son en la mayoría de casos un presupuesto para la continuación de la formación y para posteriores desarrollos de la carrera profesional. Por consiguiente, son de considerable significación para el examinado y deben poderse concordar con los derechos fundamentales (artículo 12 inciso 1° de la Ley Fundamental: libertad de profesión y oficio; artículo 3 inciso 1° igualdad de oportunidades de la ley fundamental). El Tribunal Federal Administrativo ha sostenido, desde hace tiempo, la tesis según la cual, las decisiones de examen en cuanto a su contenido no pueden ser controladas por los tribunales contencioso administrativos porque se trata de conocimientos científicos específicos y áreas de formación escolar y de valoraciones pedagógicas. La situación del examen, la mayoría de las veces, no se puede repetir y para el ejercicio del control judicial posterior, falta en un caso determinado, la comparación con el rendimiento de los otros estudiantes candidatos. El control judicial se delimita en estas condiciones, si (1) el examinador ha observado las normativas sobre el procedimiento; (2) si ha partido de un determinado estado de cosas acertado (3); si ha observado los principios generales de evaluación reconocidos, y (4) si no se ha dejado guiar por situaciones ajenas. El examinado podría, con fundamento en esto, alegar por ejemplo, que algunas páginas de su trabajo de grado no fueron leídas, pero no

que una de las tesis desarrolladas por él en el mismo trabajo hubiera sido evaluada como falsa. El Tribunal Federal Constitucional, atacó esta jurisprudencia en una reciente decisión y limitó ampliamente el ámbito de aplicación del margen de juzgamiento (gaceta del Tribunal Federal Constitucional tomo 84, página 34; tomo 84, página 59). El tribunal diferencia entre evaluaciones específicas del examen, para las cuales se afirma un margen de juzgamiento, y valoraciones científicas específicas, para las cuales se rechaza un margen de decisión. Las evaluaciones específicas del examen se sustraen, hasta ahora, del control de la jurisdicción contencioso administrativa. En cambio, los juicios científicos especiales se someten completamente al control judicial. El examinador no debe evaluar una solución presentada por el examinado como errada, si se demuestra, lógica y seriamente, que aquella es sostenida en alguna parte representativa de la literatura sobre la materia, así el examinador la considere equívocada. El examinado tiene por tanto, un margen de maniobra para sus respuestas. Puede alegar que su propuesta de solución se mantiene dentro del marco de este margen de maniobra y puede hacer valer, por consiguiente, que no se la tenga como equivocada.

b) Evaluaciones relativas al derecho de los funcionarios. Son evaluaciones al interior del servicio administrativo sobre los resultados y capacidades de los funcionarios administrativos que realiza el superior respectivo. Son significativas sobre todo como soporte para la continuación de la carrera del funcionario. Los mismos principios que valen para las decisiones de examen, valen esencialmente para estas evaluaciones. Un margen de juzgamiento es reconocido de manera constante por la jurisprudencia. Lo anterior, ha de aplicarse, bien si se trate del examen de fidelidad a la Constitución de parte de un candidato a funcionario (Gaceta del Tribunal Federal Administrativo tomo 61, página 176) o a la evaluación del periodo de prueba como presupuesto para la resolución definitiva de nombramiento de un funcionario (Gaceta del Tribunal Federal Administrativo tomo 106, página 263).

c) Decisiones valorativas de Comisiones especiales. Existe toda una serie de comisiones que deben pronunciarse sobre el valor de tipo artístico, pedagógico, científico u otros, que tiene, por ejemplo, una película: su calidad artística, la clasificación de si es o no apta para menores. Lo mismo que para evaluar la calidad de algunos productos agrícolas, etc. Estas comisiones se conforman por expertos y por representantes de diversos intereses y deciden con total independencia y objetividad. La pluralista y especializada conformación de las comisiones debe garantizar, en principio, un juicio y una decisión justas. Por

ello, en general, debe entenderse que las decisiones de estas organizaciones pueden ser probadas y delimitadas judicialmente. En todo caso, los juicios de valor tomados por dichas comisiones no pueden ser sustituidos por una decisión jurisdiccional. Se deben mencionar aquí, por ejemplo, el cargo federal de prueba para la elaboración del índice de escritos aptos para menores (Gaceta del Tribunal Federal Constitucional tomo 83, página 130) y el cargo de valoración de películas para la premiación y el apoyo por su valioso nivel artístico.

d) Decisiones de pronóstico y evaluaciones del riesgo en el derecho económico y del medio ambiente. Decisiones de pronóstico son juicios de probabilidad que sacan conclusiones para el futuro, teniendo en cuenta los hechos actuales y elementos habituales y generales. Forman generalmente parte de una decisión compleja y exigen los conocimientos específicos de los elementos técnicos pertinentes. Debido a la relación futura y al carácter técnico de estas decisiones, se les reconoce un margen de juzgamiento.

Los tribunales examinan totalmente el grado de probabilidad en estas decisiones de pronóstico (p. ej. suficientemente probable; seguro; improbable, de acuerdo a la razón práctica, etc.). Por otro lado, examinan la exactitud y la plenitud de la base del pronóstico, mientras que en la conclusión del pronóstico se revisa la plausibilidad, la coherencia y una metodología sin errores, (Ossenbuehl, en Erichsen, derecho administrativo general, § 10 apartado 40).

Sin embargo, se mantiene vigente la pregunta de si la delimitación del control judicial está de acuerdo en estos casos con la garantía de protección jurídica del artículo 19 inciso 4° de la Ley Fundamental. Dicha disposición no contiene ninguna reserva de ley o de delimitación. Al respecto, es reconocido que los derechos fundamentales garantizados sin reserva de ley, deben ceder cuando ellos choquen o sean incompatibles con otro derecho o valor constitucional y estos, en virtud de una ponderación cuidadosa, deban prevalecer. De esta forma, el margen de juzgamiento debería ser compatible con la indicación sobre la autosuficiencia de la administración (artículo 20 inciso 2° de la Ley Fundamental). Según mi criterio esto resulta bastante dudoso porque el artículo 19 inciso 4° de la ley Fundamental, de acuerdo a los presupuestos dados por el constituyente, debe garantizar una protección jurídica amplia, completa y sin vacíos de los derechos fundamentales y por tal motivo, no pueden ser relativizados a través de la ponderación de otros principios constitucionales. Esto está estrechamente ligado con la cuestión de la función de la jurisprudencia y sus límites. La jurisprudencia administrativa significa, como quedó dicho atrás, la

recreación posterior de las decisiones de las autoridades administrativas. Si una semejante recreación posterior no es posible, como ocurre con las decisiones de examen, por irreplicable e irrepresentable, entonces la jurisprudencia llega a sus propias fronteras. Por ello se ha reconocido un margen limitado de juzgamiento (Cfr. Gaceta del Tribunal Federal Constitucional tomo 84, página 50).

IV. Libertad de configuración relativa a la planeación

Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y margen de juzgamiento, sólo se vuelven vigentes cuando se presenta una regulación legal con un elemento típico y un efecto jurídico. Dichos conceptos ya no se ajustan estrictamente bien cuando se trata de leyes de planificación, es decir, aquellos no operan para los planes que son expedidos en forma de una ley o de un decreto. Es típico del plan que él no puede ser redactado en forma condicional de acuerdo al esquema legal de “si – entonces”. El plan contiene sólo objetivos y principios de ponderación, pero la realización de los objetivos, por lo demás, queda diferida a la labor de la administración. Los controles judiciales se limitan específicamente a lo esencial de esas tareas y si la ponderación ha estado libre de errores. Esto ha conducido a una complicada jurisprudencia que aquí no será expuesta en detalle.

V. Reserva de ley

La administración todavía es más libre si la vinculación a la ley no sólo está referida a la discrecionalidad y al margen de juzgamiento, sino que falta totalmente. En este caso, las autoridades están vinculadas a lo sumo a los principios generales del derecho administrativo y a la Constitución, especialmente en lo tocante a los derechos fundamentales, que sin embargo, por lo general, no brindan ninguna directiva para la solución de los casos particulares. Con esto se plantea la cuestión de la reserva legal. Mientras la hasta ahora expuesta prevalecía de la ley, vincula a la administración a las leyes vigentes pero no prohíbe una actuación sin ley, el principio de la reserva de ley va más allá y exige de la actuación administrativa, en un caso concreto, una autorización legal.

Ejemplo: El empresario U recibe una subvención contemplada en un rubro del presupuesto para tal fin. No se tiene ninguna regulación legal al respecto. El competidor K considera que la subvención de U es ilegal. No se presenta, sin embargo, una violación a la prevalencia de la ley porque no existe ley alguna que se hubiera podido infringir o dejado de observar. Pero, la reserva de la ley resulta afectada porque ¿Puede ser otorgada una subvención sin una autorización legal?

Mientras que la prevalencia de la ley vale como ilimitada, el alcance de la reserva de ley es cuestionada y controvertida. La reserva legal pertenece a los problemas clásicos del derecho constitucional y del derecho administrativo alemán. Su surgimiento se remite al Estado de Derecho Constitucional del siglo XIX. Las constituciones durante ese siglo permitieron delimitar la posición de poder del monarca a través de la implantación de los derechos fundamentales y la intervención del parlamento en la legislación. Los derechos fundamentales debían asegurar la libertad y la propiedad del ciudadano y con esto, defender el área privada y social contra las afectaciones de la administración monárquica. Las afectaciones a la libertad y a la propiedad sólo fueron admisibles si la ley así lo autorizaba, esto es, una ley que debería haber tenido la aprobación de la representación popular. La reserva legal fue, gracias a ello, una reserva de afectación. No obstante, ella se limitaba a las afectaciones a la libertad y a la propiedad del ciudadano. Las prestaciones y relaciones internas del Estado no

fueron incluidas dentro de la reserva de ley. Con esto, ha de entenderse que también hacen parte de las relaciones internas del Estado las denominadas relaciones nacidas del poder, a saber: las relaciones escolares, las relaciones de dependencias entre las autoridades y las relaciones a propósito de la imposición de penas privativas de la libertad.

Esta situación jurídica se mantuvo después de la revolución de 1918 y permaneció inalterada con la introducción de la democracia parlamentaria. La reserva legal sólo era válida para intervenciones en la esfera de la propiedad privada de los ciudadanos, lo cual no excluyó que también se regularan a través de leyes otras áreas que, por principio, no debían regularse legislativamente, a no ser que existiera una obligación jurídica constitucional especial a ese respecto.

Así se permaneció inicialmente después de 1949. Sin embargo, pronto se impuso el razonamiento de que la restricción tradicional de la reserva legal para intervención de la administración, ya no satisfacía las exigencias del momento, y que por lo mismo, debía extenderse a otros ámbitos. El Tribunal Constitucional Federal alemán, pronto asumió la conducción del tema. Explicó en numerosas sentencias que el legislador parlamentario está obligado constitucionalmente – independientemente del concepto de intervención –, a tomar todas las decisiones esenciales, sobre todo, en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales.

Como fundamento justificativo, se recurre al principio democrático, al principio de Estado de Derecho y a los derechos fundamentales. El principio democrático asigna las decisiones fundamentales al Parlamento directamente legitimado de forma democrática.

El principio del Estado de Derecho exige que se regulen clara, previsible y firmemente las relaciones del ciudadano con el Estado a través de leyes. Los derechos fundamentales, finalmente, se elevaron más allá de su función de defensa tradicional. En la sociedad moderna e industrial masificada, el ciudadano depende de múltiples maneras del Estado y de sus resultados. El ciudadano quiere no sólo libertad del Estado, sino también libertad en el Estado y, sobre todo, libertad a través del Estado. En este aspecto también reaccionaron los derechos fundamentales. Su función de defensa sigue estando en primer plano. Esta se completa, sin embargo, a través de las funciones de protección procesales y de prestación. Desde estas diversas fundamentaciones se obtiene la obligación del legislador parlamentario de delimitar y regular no sólo las afectaciones a la libertad y en la propiedad, sino también de ser activo

legislativamente cuando, por ejemplo, se trate de la protección del ciudadano frente a peligros derivados del desarrollo técnico e industrial; de los derechos del ciudadano en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales y de las prestaciones en el área de la seguridad social. La teoría de la esencialidad, desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, que establece concretamente que el legislador debe regular todos los asuntos esenciales por vía normativa, ha sido criticada en la literatura jurídica por ser demasiado imprecisa. Esta teoría constituye, sin embargo, sólo una línea guía que todavía requiere ser concretada en el área administrativa. La teoría de la esencialidad determina no solo si una regulación legal es necesaria sino también cómo debe ser esa regulación legal. Con esto, se cierra el círculo de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. El legislador puede conceder márgenes de decisión y de acción a la administración pero debe, no obstante, considerar las fronteras resultantes de la reserva de ley.



¹En alemán Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Capítulo III

El principio de la protección a la confianza en el derecho público

I. Introducción

El principio de la protección a la confianza, ha sido descubierto y desarrollado sólo hace algunos decenios, si bien es cierto que este ya había sido ocasionalmente mencionado en la literatura jurídica con anterioridad e influyó –no de manera expresa– la práctica del derecho de manera diferente. Pero, como principio jurídico independiente, fue desarrollado recién después de la segunda guerra mundial e invocado para la solución de ciertas cuestiones jurídicas, así como para la fundamentación de institutos jurídicos completos.

Es notable que la protección a la confianza fuese concebido y formulado no por el legislador sino por la jurisprudencia. El legislador simplemente lo consideró en algunos ámbitos parciales. Por lo demás, domina en gran medida la jurisprudencia. La protección a la confianza, encontró en la literatura jurídica una aprobación generalizada. La jurisprudencia administrativa dio origen, en los años cincuenta, al principio de la protección a la confianza para la delimitación de la revocatoria de actos administrativos, que siendo beneficiosos, resultaban antijurídicos. Después, siguió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que aplicó el principio inicialmente para la limitación de la retroactividad de las leyes, pero después también, en una mayor escala, para la vinculación general del legislador. Además, el principio de la protección a la confianza aparece en: la discusión sobre la revocatoria de actos administrativos; la obligatoriedad de informaciones de las autoridades; la eficacia de contratos administrativos que sean antijurídicos; el efecto externo de preceptos administrativos, la vinculación de la administración a su propia práctica, la determinación de la propiedad; la fundamentación de un derecho de garantía de planeación y –last but not least–, la limitación de la retroactividad con respecto a la modificación de las sentencias de las altas cortes.

En la doctrina se ha hablado abiertamente del “triunfo del principio de la protección a la confianza”. Pero, entre tanto, esa valoración cedió a una observación pragmática. Los problemas y límites de este principio se han vuelto más claros. No cabe duda, por tanto, que la idea de la protección a la confianza se ha establecido sólidamente en algunos ámbitos.

La protección a la confianza parte de la perspectiva del ciudadano. Esta exige la protección de la confianza del ciudadano que confió y se dispuso correspondientemente a la existencia de determinadas regulaciones estatales y a otras medidas proferidas por el Estado. La figura persigue, en consecuencia, la conservación de las situaciones adquiridas y se dirige contra la modificación jurídica posterior.

De otro lado se evidencia, sin embargo, la producción de modificaciones en aquellas situaciones, una y otra vez. Por una parte, el Estado debe tener la posibilidad de eliminar posiciones jurídicas contrarias a derecho, incluso cuando el ciudadano había contado con ellas. Por otro lado, el Estado debe reaccionar a las modificaciones en la práctica y debe poder adaptar sus regulaciones ante nuevas situaciones. Esto vale sobre todo en nuestro tiempo que está influenciado por vertiginosos desarrollos en los ámbitos económico, técnico y social. El principio de la protección a la confianza se sitúa en una relación de tensión entre estabilidad y flexibilidad. A pesar de que propende por la estabilidad, no obstante debe ceder siempre a las exigencias de la flexibilidad.

La protección a la confianza está consagrada constitucionalmente. Su reconocimiento jurídico-constitucional puede haber sido incluso un fundamento esencial para su rápido reconocimiento, luego de la expedición de la Ley Fundamental. Ésta concede y delimita los derechos e intereses del ciudadano en una alta jerarquía y por ello las personas son el centro de la ordenación jurídica estatal. De ello, se desprende la protección del ciudadano que confía en la existencia del derecho estatal. Los derechos fundamentales y el principio del Estado de Derecho respaldan esta situación.

Es evidente que la protección a la confianza afecta de manera distinta los diferentes ámbitos arriba mencionados. Aquella no es una norma jurídica que podría ser aplicable uniformemente en todos los eventos, sino que es un principio directivo que carece de realización específica. En ello se debe distinguir:

- Según los respectivos actos jurídicos o formas de conducta del Estado, estos se pueden remitir a la confianza como fundamento (ley, acto administrativo, práctica administrativa constante, etc.);
- Según las exigencias que se imponen a la protección a la confianza (buena fe, disposiciones, etc.);

- Según los fundamentos que por su peso hablan a favor de una modificación (corrección de errores, modificación por teoría de la imprevisión) y
- Según las consecuencias jurídicas de la protección a la confianza reconocida (protección de existencia, protección patrimonial, regulaciones transitorias).

Una discusión general de estos puntos de vista debe permanecer muy abstracta, por eso es necesario escoger y tratar de manera específica los tres ámbitos más importantes e interesantes y en los que la protección de la confianza se torna actual. Ellos son: primero, la revocatoria de actos administrativos antijurídicos, así como la revocatoria de actos administrativos conformes a derecho¹; segundo, la retroactividad de leyes y tercero, la modificación de la jurisprudencia de las altas cortes. En consecuencia, a continuación abordaré algunos elementos estructurales comunes de la protección de la confianza.

II. La revocatoria de actos administrativos beneficiosos

1. La revocatoria de actos administrativos antijurídicos

La protección a la confianza fue desarrollada por primera vez en conexión con la revocatoria de actos administrativos beneficiosos antijurídicos. Los actos administrativos son, según el derecho alemán, regulaciones soberanas en un caso particular expedidos por una autoridad en relación con el ciudadano u otro sujeto jurídico. Son beneficiosos para el ciudadano cuando fundamentan para este un derecho o una ventaja jurídica considerable. Por ejemplo, cuando conceden una prestación pecuniaria; declaran una autorización jurídica de industria y comercio o confieren un certificado.

Según una concepción jurídica anterior, la autoridad administrativa estaba legitimada – e incluso, según el caso- obligada a revocar un acto administrativo. El fundamento de esta potestad se remitía al principio de legalidad. Ello parecía del todo consecuente. A través de la revocatoria de un acto administrativo antijurídico, la infracción jurídica se corrige y se restablece una situación conforme a derecho.

La primera irrupción de esta firme concepción jurídica, se produjo a partir de una decisión del Tribunal Administrativo Superior de Berlín del 14 de noviembre de 1956 (DVBL, 1957, 503). Se trataba del siguiente caso: La demandante era una viuda de un funcionario que se trasladó de la entonces República Democrática Alemana a Berlín del Oeste, después de haberle sido prometido, por acto administrativo, la concesión de los rendimientos de la pensión de jubilación. Un año después, la autoridad competente comprobó que los presupuestos jurídicos para la concesión de la pensión no existían. Los rendimientos de la pensión, por lo tanto, habían sido concedidos erradamente. En consecuencia, la administración revocó el acto administrativo, suspendió los pagos y exigió además a la demandante la restitución de los rendimientos pagados. La decisión, sin más, correspondía, a la jurisprudencia de entonces. El Tribunal Superior Administrativo de Berlín, decidió, aún en esas circunstancias, a favor de la demandante. Comprobó que en el caso concreto debería ser observado no sólo el principio de legalidad, sino también el principio de la protección a la confianza. La demandante confió en la existencia del acto administrativo y de conformidad con este, alteró decisivamente sus condiciones

de vida. Como ocurrió en este caso concreto, los intereses de la confianza prevalecieron sobre el acto y la administración no debió, por tanto, a haber revocado el acto administrativo.

El Tribunal Federal Administrativo, confirmó la sentencia del Tribunal Superior Administrativo de Berlín (Gaceta del Tribunal Federal Administrativo, tomo 9, página 251). Con posterioridad, desarrolló en numerosas decisiones una doctrina de la revocatoria amplia y diferenciada. El punto de partida fue el entendimiento de que la cuestión sobre la revocatoria de actos administrativos beneficiosos antijurídicos es dominada por dos principios, a saber: primero, por el principio de la legalidad de la administración, que exige la eliminación de actos administrativos antijurídicos y, segundo, por el principio de protección a la confianza que exige la permanencia del acto administrativo favorable. Como ambos principios tienen validez pero, igualmente, se encuentran en conflicto el uno con el otro, deben ser ponderados y examinados. Según la opinión del Tribunal Federal Administrativo, en el caso particular, debe analizarse qué interés merece la primacía, el interés público en la revocatoria o el interés individual en la persistencia del acto administrativo –. En tales casos, también es posible la adopción de soluciones diferenciadas. Por ejemplo, una revocatoria limitada material o temporalmente.

Como fundamento de la protección a la confianza, el Tribunal Administrativo se refería, en parte, al principio de lealtad y buena fe y en parte, al principio de seguridad jurídica.

Se vulneraría el principio de la buena fe, si la autoridad recurriera a la antijuridicidad de un acto administrativo expedido por ella misma, en perjuicio del ciudadano. La seguridad jurídica exige que un acto administrativo no sólo se torne eficaz jurídicamente, a pesar de posibles antijuridicidades, sino también que permanezca antijurídico, en todo caso, cuando el ciudadano confió y debía confiar en su eficacia jurídica. Por medio de la seguridad jurídica, que emana del Estado de Derecho y que por tal motivo goza de rango constitucional, la protección a la confianza igualmente encuentra su fundamento jurídico constitucional. Lo anterior es importante porque aquella puede ser puesta al mismo nivel del principio de legalidad, que igualmente se funda en el derecho constitucional. El principio de buena fe posibilita, al contrario, una sincronización exacta en el proceso de ponderación.

La jurisprudencia sobre la revocatoria del Tribunal Federal Administrativo,

encontró una aprobación preponderante en la doctrina. Pero igualmente enfrentó la oposición. Sobre todo, Forsthoff, del cual procede el manual más importante de derecho administrativo de la posguerra, se opuso decididamente. El Estado de Derecho, para él, desistiría de su propio ser si no mantuviera la legalidad y su supremacía sobre todas las demás consideraciones jurídicas imaginables. Contra ello, sin embargo, se debe decir que el principio de la protección a la confianza no es, como lo asume Forsthoff, *contra legem*, pues el mismo está consagrado constitucionalmente.

En sus detalles, la doctrina de la revocatoria del Tribunal Federal Administrativo, no es necesario que sea presentada aquí más ampliamente. El legislador mediante la ley de procedimiento administrativo ², promulgada en 1976 la acogió. Esto vale, sin reservas, para los presupuestos de la protección a la confianza y en cuanto a sus consecuencias jurídicas. Pero, la jurisprudencia anterior permanece vigente porque ella contribuye al esclarecimiento de los fundamentos de la protección a la confianza y puede ser invocada para la interpretación de su regulación hecha por la ley de procedimiento administrativo. Hoy en día, es decisivo el parágrafo 48 de ésta, que todavía contiene una regulación bastante compleja (prescripciones correspondientes se encuentran en el parágrafo 44 del Código Social y en el parágrafo 130 del Estatuto Tributario).

El parágrafo 48 de la ley de procedimiento administrativo, determina, inicialmente, que un acto administrativo antijurídico puede ser revocado. Por lo tanto, la autoridad competente debe decidir, según su poder discrecional, sobre la revocatoria. La normatividad inicial se encuentra limitada precisamente con respecto a los actos administrativos beneficiosos, que se fundamentan en la protección a la confianza. En este caso, la ley distingue entre actos administrativos que conceden una prestación pecuniaria o una prestación material divisible, por ejemplo subvenciones, prestaciones sociales, ayudas, etc. El Acto Administrativo de prestación pecuniaria no puede ser revocado cuando el beneficiado confió en la existencia de éste, siendo por tanto, su confianza digna de protección. Los demás actos administrativos pueden, al contrario, ser revocados a pesar de la confianza digna de protección, siempre y cuando el afectado obtenga una indemnización por los daños patrimoniales sufridos por razón de la revocatoria. En el primer caso, se habla de la protección de la existencia, en el segundo caso de la protección patrimonial. Las diferencias ciertamente no son tan grandes como inicialmente pudiera parecer. El legislador se ubica precisamente en la tendencia de suplir solamente el perjuicio más que la afectación al principio de la confianza. Esto puede ocurrir en el caso de una

decisión sobre prestaciones pecuniarias que se compensan con el deber de reembolso de parte del ciudadano para con la administración resultante de la revocatoria del acto administrativo correspondiente, así como con el deber correlativo de indemnización al ciudadano por parte de la administración.

Presupuesto para la protección de la confianza –tanto en la decisión de prestación pecuniaria como en otros actos administrativos– es que el beneficiario, 1- haya confiado en la existencia del acto administrativo y 2- su confianza sea digna de protección de acuerdo a una ponderación de los intereses públicos en el evento de revocatoria. Esa fórmula general es concretada por la ley en diferentes aspectos. De entrada, la legitimidad de la protección no tiene lugar si el beneficiario obtiene el acto administrativo antijurídico mediante engaño, amenaza o corrupción. Tampoco, si logra el acto en virtud de declaraciones falsas o incompletas. Finalmente, cuando se conocía la antijuridicidad del acto administrativo, o no se la conoció a causa de culpa grave.

Es intrascendente si el beneficiario actúa o no con culpa en lo relativo a las declaraciones falsas o incompletas. El legislador se refiere solamente a que en este caso, la antijuridicidad cae en el ámbito de responsabilidad del favorecido. De otro lado, puede afirmarse la legitimidad de la protección cuando el beneficiado ha consumido las prestaciones o si ha tomado decisiones patrimoniales que no puede deshacer o que solo podría anular con desventajas intolerables. En tales eventos, el consumo de tales prestaciones, debe ser aceptado cuando se trata de prestaciones sucesivas que sirven de sustento a la vida. Por ejemplo, rendimientos del salario, prestaciones sociales y becas. Disposiciones patrimoniales son, por ejemplo, un contrato que el beneficiado celebró con vistas a una licencia de construcción o a una autorización de industria y comercio. Todos esos criterios deben facilitar una ponderación, más no ser excluyentes. La ponderación es pertinente, con frecuencia, como ya se dijo, en el caso de actos administrativos que tienen como objeto prestaciones pecuniarias sucesivas. Por eso, el acto administrativo puede ser revocado sin duda, no para el pasado pero si para el futuro con la consecuencia de que el beneficiado no debe rembolsar las prestaciones ya recibidas, pero no obtendrá en el futuro, nuevas prestaciones.

Si se presentan los presupuestos para la revocatoria, el Acto Administrativo puede ser revocado. Con todo, solamente en el plazo de un año (parágrafo 48, inciso cuarto de la ley de procedimiento administrativo). Con ello la protección a la confianza es activada una vez más. El Tribunal Federal Administrativo amplió

incluso dicho plazo, determinado hasta que punto el Acto Administrativo difícilmente puede dejar de aplicarse.

2. La revocatoria de actos administrativos conformes a derecho

La revocatoria que hasta ahora hemos tratado, concierne a actos administrativos antijurídicos. La revocatoria a la que de ahora en adelante nos referiremos, concierne a actos administrativos conformes a derecho. El momento determinante para la apreciación de la conformidad a derecho de un acto administrativo es la fecha de expedición del mismo. Así, la revocatoria entra a ser considerada sobre todo, cuando, de acuerdo a la expedición del acto administrativo, la situación fáctica y jurídica que le sirvió de fundamento se ha modificado y con ello, el acto administrativo que en principio era conforme a derecho, no corresponde más al derecho vigente en cuanto a su contenido. La revocatoria además, puede ser considerada cuando, sin haberse modificado la situación fáctica y jurídica, la autoridad administrativa, sin embargo, no desea conservar el acto administrativo porque este no parece ser necesario o no se muestra conforme a su finalidad. Si la revocatoria concierne a un acto administrativo beneficioso, entonces se plantea nuevamente el problema de la protección a la confianza, es decir, la cuestión de en qué medida debe ser protegida la confianza del beneficiado con la preexistencia del acto administrativo.

Este punto se encuentra regulado en el párrafo 49 de la ley de procedimiento administrativo. Según la disposición, una revocatoria únicamente será admisible en estos casos cuando exista un fundamento de objeción especial. La limitación con respecto a determinados fundamentos para la revocatoria de un acto administrativo conforme a derecho sirve de protección a la confianza.

Así la revocatoria no excluye que por los fundamentos de ésta también resulten comprendidos actos administrativos en cuya existencia el beneficiado confió o podía confiar. A pesar de ello, la revocatoria es admisible. El afectado puede, sin embargo, pedir indemnización por el daño patrimonial sufrido. En los presupuestos para de la protección a la confianza y la concesión de la indemnización, valen los mismos principios que para el caso de la revocatoria de actos administrativos antijurídicos.

Un fundamento legal de la revocatoria de un acto administrativo conforme a

derecho es, sobretodo, la modificación de la situación fáctica o jurídica que constituye la base del acto administrativo. Así puede ser revocada, por ejemplo, una licencia de construcción si las regulaciones jurídicas de construcción se modifican sustancialmente; si los intereses públicos exigen la revocatoria o el constructor no ha hecho uso de la licencia, es decir, no empezó con la construcción. El constructor puede, sin embargo, pedir indemnización por los gastos que efectivamente haya tenido, como por ejemplo. el pago de los honorarios de los arquitectos. En la práctica también resulta de importancia la revocatoria de la decisión de concesión de subvenciones por causa del uso contrario a su finalidad. Las subvenciones no son concedidas de manera general, sino solamente para determinados fines, por ejemplo, para la ampliación de la superficie cultivada agrícola; para la adquisición de determinadas máquinas, etc. Si el beneficiario no emplea la subvención de acuerdo con las finalidades indicadas, entonces puede ser revocada la concesión de la subvención y exigida la devolución de los pagos ya realizados. (parágrafo 49 inciso tercero de la ley de procedimiento administrativo).

III. La retroactividad de las leyes

Me ocuparé ahora de un segundo tema de gran complejidad, en el cual, la protección a la confianza desempeña un papel importante. Este es, la retroactividad de las leyes. La Constitución alemana prohíbe en el artículo 103, inciso 2º –de conformidad con el principio de nulla poena sine lege– las leyes penales retroactivas, pero, por lo demás, no contiene una regulación expresa sobre la retroactividad de las leyes. Por consiguiente, son determinantes en este punto los principios constitucionales generales.

El Tribunal Constitucional Federal, que tiene que decidir en último término sobre la constitucionalidad de las leyes, recurre sobre todo al principio de la protección a la confianza. En un gran número de decisiones, desarrolla una doctrina de la retroactividad amplia y diferenciada, que encontró un reconocimiento dominante en la doctrina, pero que igualmente ha tenido oposición. Es evidente que existe cierto paralelismo con la revocatoria de actos administrativos que, como fue anteriormente expuesto, igualmente son determinados por el principio de la protección a la confianza. Las diferencias, con todo, no deben ser olvidadas. En cuanto a la revocatoria, están en juego regulaciones para casos particulares en el ámbito administrativo; en la retroactividad de leyes, se trata, por el contrario, de regulaciones generales y abstractas del legislador parlamentario, para las cuales este se encuentra habilitado exclusivamente por la Constitución.

La retroactividad de las leyes genera dos cuestiones: primera, sí y cuándo, en realidad se presenta un caso de retroactividad; y segundo, sí y bajo qué presupuestos, es admisible la retroactividad de la ley.

1. Concepto de la retroactividad

La ley retroactiva se concreta a situaciones de hecho, a relaciones jurídicas que se ubican en el pasado. Sin embargo, con esta constatación se ha ganado poco. La determinación exacta del concepto de retroactividad depende de si se utilizan criterios materiales o temporales. El mismo el Tribunal Constitucional Federal no es unívoco en este sentido. En primer lugar, eligió el punto de conexión material. La retroactividad se presentaría entonces “cuando una ley afecta con posterioridad hechos sucedidos en el pasado” (Gaceta del Tribunal Constitucional Federal, tomo 11, páginas 145 y siguiente).

De esta “revocatoria auténtica” se distingue la “revocatoria aparente”, que se presenta cuando una ley sólo es válida para el futuro, pero abarca con todo situaciones de hecho o relaciones jurídicas que han surgido en el pasado y que aún se desarrollan (Tribunal Constitucional Federal *ibid.*). La diferencia entre retroactividad auténtica y aparente tuvo un significado considerable porque el Tribunal Constitucional Federal defendía la idea de que la retroactividad auténtica era en principio inadmisibles y que la retroactividad aparente, por el contrario, en principio era, admisible. Esta tesis encontró oposición en la literatura jurídica. Se hizo valer, ante todo, el argumento de que era frecuentemente dudoso cuándo un hecho había concluido, y con ello, cuándo se presentaba un caso de retroactividad auténtica.

Esto era todavía más problemático porque de acuerdo a esa diferenciación, variarían los efectos jurídicos –admisibilidad o inadmisibilidad de la retroactividad–.

El primer senado del Tribunal Constitucional Federal, se ha mantenido en esta posición conceptual hasta el día de hoy. El segundo senado, por el contrario, varió su posición hace cerca de 15 años. Consideró desde entonces el punto de conexión temporal. Según este, se presenta la retroactividad cuando la ley determina que sus efectos jurídicos deben entrar en vigor en un determinado momento anterior a su promulgación, es decir, cuando la entrada en vigencia es anticipada. No obstante, el segundo senado no puede pasar por alto el hecho de que existen leyes que sólo entran en vigencia hacia el futuro pero que abarcan

situaciones de hecho o relaciones jurídicas originadas en el pasado, e incluso, las invalidan. El segundo senado no habla entonces en estos casos de “retroactividad aparente” sino de “conexión con la situación de hecho”, pero los trata, sin embargo, como a la “retroactividad aparente”. Las diferencias entre el primer y el segundo senado, son más de tipo conceptual que material.

Ejemplos: una ley que modifica el impuesto sobre los ingresos, promulgada el 1 de febrero de 2000 y que entra en vigor el mismo día, dispone la derogación de un beneficio tributario garantizado para el año de 1999; este es un caso de retroactividad auténtica. Otro ejemplo sería: La ley impositiva sobre los ingresos determina que los costos de adquisición de determinados equipos de servicio estarán exentos por 10 años en un 10% anual del pago de impuestos. B compra en 1997, en vista de este beneficio tributario, un equipo de los señalados como exentos. El 1.02.2000, es modificada la ley del impuesto sobre los ingresos y determina que se garantizará dicho beneficio sólo hasta el 31.12.2000. La modificación legal rige, desde luego, para el futuro, sin embargo se conecta a un suceso que se originó en el pasado. B no estará exento como esperaba, en el 100 %, sino solo en el 40 % de los costos de adquisición. Típico caso de retroactividad aparente.

2. La prohibición de retroactividad y sus límites

El Tribunal Federal Constitucional defiende en jurisprudencias reiteradas, la idea de que es inadmisibles la retroactividad (auténtica) desfavorable para el ciudadano con respecto a las leyes. Para fundamentar esta posición remite al principio de la protección a la confianza. El ciudadano debería poder confiar que sus derechos vigentes permanecerán reconocidos por un comportamiento correspondiente del ordenamiento jurídico, con todos los efectos jurídicos originarios y relacionados y que no se invalidarán aquéllos con una modificación retroactiva de las normas (Gaceta del Tribunal Constitucional Federal tomo 13, página 271; tomo 97, páginas 67 y ss.). En la medida que el legislador sólo está vinculado a la Constitución –de mayor nivel jerárquico– debe fundamentar constitucionalmente la prohibición de retroactividad, si la misma debe ser considerada por él.

El Tribunal Constitucional Federal remite por eso, al principio del Estado de Derecho establecido en la Constitución, que contiene como uno de sus elementos el de la seguridad jurídica, del que se deriva el principio de la protección de la confianza. La cadena de derivación es por tanto: principio del Estado de Derecho –seguridad jurídica– protección de la confianza, que conduce así al llamado “principio de protección de la confianza del Estado de Derecho”.

El principio de protección de la confianza, se deriva diversamente de los derechos fundamentales individualmente considerados. Por ejemplo, de la garantía de la propiedad del artículo 14 inciso 1° de la Ley Fundamental. Las dos fundamentaciones llevan tendencialmente al mismo resultado, de manera que la diferencia prácticamente no tiene importancia. El principio general o de Estado de Derecho de la protección de la confianza cobra vigencia cuando la protección de la confianza especial o derivada de los derechos fundamentales, no pueda entrar en acción.

No obstante, la prohibición de retroactividad no es válida sin excepciones. Los límites y excepciones resultan, por su parte, del principio de protección de la confianza. La prohibición de retroactividad no procede cuando en el caso concreto no exista una confianza digna de protección, o cuando, dándose tal

confianza, ésta tiene que dar paso a una modificación legal retroactiva a causa de intereses públicos predominantes. En particular, vale lo siguiente:

a) El principio de la protección de la confianza está relacionado directamente con el ciudadano. De esto se sigue que este principio sólo es considerado cuando la ley retroactiva afecta los derechos de los ciudadanos de manera desfavorable. Por eso, la retroactividad de las leyes que favorecen al ciudadano no es problemática bajo este aspecto.

b) El principio de la protección de la confianza cobra vigencia, además, cuando el ciudadano confía en la permanencia de las leyes y su confianza es digna de protección.

En general son válidos los mismos principios que han sido expuestos sobre la revocatoria de los actos administrativos. Sin embargo, no debe olvidarse una diferencia esencial. Ya que el acto administrativo sólo afecta a una o pocas personas, puede referirse a la situación individual y concreta de cada destinatario. Esto no es posible normalmente para el caso de las leyes que tienen carácter general. Por eso, se debe abstraer y tipificar. Se debe entonces preguntar si típicamente el ciudadano puede confiar en la permanencia de la ley, ya que de esa manera la modificación retroactiva de la ley sería una vulneración al principio de la protección de la confianza.

La protección de la confianza es improcedente de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, cuando la regulación existente no era clara o cuando era dudosa desde el punto de vista constitucional, porque en esos casos no existe una base de confianza suficiente. El principio también es improcedente si el ciudadano tenía que contar con la nueva regulación en el momento en que la ley se hizo retroactiva. Ese no es precisamente el caso cuando una nueva regulación es discutida públicamente, ni tampoco cuando el Gobierno Federal introduce el proyecto de ley correspondiente en el Parlamento, pero sí cuando éste ha aprobado la nueva regulación. Con ello, se busca impedir que un beneficio legal sea utilizado excesivamente poco tiempo antes de su derogatoria y de esa manera se destruya la finalidad de la nueva regulación.

c) La retroactividad es además admisible si es requerida por forzosas razones de bien común, que prevalecen sobre el interés del ciudadano. En este caso, la protección de la confianza no choca con la legitimidad de protección, sino con intereses públicos apremiantes. Este motivo de retroactividad es mencionado una

y otra vez por el Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, hasta ahora no ha recibido importancia práctica. Ante todo, es concebible cuando se trata de la efectiva imposición de finalidades económicas o de coyunturas políticas.

d) Finalmente, la retroactividad también es admisible cuando el perjuicio al ciudadano por la nueva regulación retroactiva no es esencial. Se habla en este caso de una “reserva ante situaciones insignificantes”.

3. Los límites de la retroactividad aparente

En la retroactividad aparente –según la terminología del segundo senado del Tribunal Constitucional Federal–, la conexión con la situación de hecho debe medirse igualmente de acuerdo al principio de protección de la confianza. El Tribunal Constitucional Federal defendía inicialmente la opinión de que dicha retroactividad –en oposición a la retroactividad auténtica– era en principio admisible y sólo excepcionalmente prohibida.

La confianza del ciudadano en que una regulación favorable para él permanecería aún en el futuro sería esencialmente escasa. Por otra parte, el legislador debería estar en capacidad de regular nuevamente un área del derecho y de poder relacionar esta nueva regulación con las situaciones de hecho existentes. La ponderación de los dos intereses llevaría por regla general a la admisibilidad de la retroactividad aparente.

Entre tanto, se ha mostrado que la alternativa –entre admisible e inadmisible– es demasiado rígida. El conflicto entre los intereses de los ciudadanos sobre la permanencia de una regulación favorable y los intereses públicos del legislador con respecto a una nueva regulación uniforme, se puede solucionar de manera que para los casos antiguos, se apliquen reglas de transición que recojan y atenúen los rigores y las cargas de la nueva regulación. Se debe pensar, por ejemplo, en la extensión temporal o vigencia final del derecho existente para los casos antiguos; en el desmonte gradual de los beneficios; en regulaciones excepcionales para casos especialmente graves; en la adopción de alternativas o en la garantía de resarcimiento. Sí se deben adoptar regulaciones de transición y cuáles deberían adoptarse, depende nuevamente de los intereses de la confianza del ciudadano y de los intereses públicos opuestos en cada caso y con respecto a las nuevas regulaciones uniformes.

IV. Modificación de la jurisprudencia de las altas cortes

La decisión judicial debe poner un cierre definitivo a las disputas jurídicas por interés de la estabilidad y seguridad jurídicas. Por eso, adquiere fuerza de cosa juzgada y sólo puede ser modificada bajo presupuestos estrictamente limitados. La decisión judicial interviene, por su existencia y su carácter vinculante, entre la seguridad jurídica y la protección de la confianza.

El efecto vinculante de las decisiones judiciales se limita jurídicamente a las respectivas partes procesales y a su concreto caso disputado. Sin embargo, ocurre con frecuencia que decisiones judiciales son invocadas, además, como precedentes para casos de la misma índole o para otros procesos. Esto es válido, sobre todo para las decisiones de los tribunales más altos. El ciudadano debe contar con que su caso será juzgado y decidido, desde luego, si bien de acuerdo con los preceptos jurídicos vigentes y bajo la interpretación producida a través de la jurisprudencia de las altas cortes. Se construyen así principios de la jurisprudencia que si bien no poseen el rango de leyes, resultan similares en la práctica.

Por este motivo, son eso se plantea la pregunta de si los más altos tribunales se pueden apartar de su propia jurisprudencia, y en caso de poder hacerlo, bajo que presupuestos; además, cuando se afirma esta posibilidad, si la nueva jurisprudencia es determinante sólo para el futuro o si también debe ser aplicada para decisiones en casos anteriores que aún están siendo tramitados.

a) La continuidad de la jurisprudencia de las altas cortes es, ciertamente, de gran importancia para la seguridad jurídica. Un cambio frecuente en la jurisprudencia de las altas cortes generaría una confusión aún mayor que el cambio continuo de las leyes que tantas veces se lamenta. Los tribunales más altos en Alemania sólo consideran admisible y sustentable la desviación de la jurisprudencia vigente cuando existen para ello serias razones. Esto no es tan sencillo. Una modificación y desarrollo de la jurisprudencia no puede depender de si surgen diferentes puntos de vista, sino de si existen nuevos conocimientos y mejores comprensiones que lleven a la conclusión de que la interpretación vigente ya no se justifica para la concreta situación jurídica. El principio de la protección de la

confianza tampoco puede impedir la profundización de la jurisprudencia. Lo correcto, sin embargo, es que los tribunales no deben apartarse de su jurisprudencia vigente de manera superficial y rápida, sino sólo cuando después de un examen pormenorizado, ella ya no parece ser sustentable y cuando la nueva jurisprudencia puede ser justificada suficientemente. Probablemente así, se deben entender los pronunciamientos de los tribunales.

b) La modificación de la jurisprudencia surte efectos sólo hacia el futuro. Se debe esperar que los tribunales inferiores y la práctica administrativa fundamenten hacia el futuro sus decisiones y medidas en la nueva jurisprudencia. No obstante, esta puede adquirir carácter retroactivo cuando abarca los casos que surgieron antes de la nueva decisión jurisprudencial y que ahora sólo están pendientes de decisión.

Ejemplos: Según el parágrafo 316 del Código Penal, incurre en delito quien conduce un vehículo a pesar de no poder hacerlo con seguridad por encontrarse bajo la influencia del alcohol. La ley misma no establece un límite exacto. El Tribunal Superior Federal aceptaba inicialmente que la incapacidad absoluta para operar vehículos empezaba con 1,3 mililitros, de alcohol más tarde disminuyó el límite a 1,1 mililitros. ¿Podría aplicarse la nueva jurisprudencia también para las personas que condujeron con 1,2 mililitros antes del cambio jurisprudencial pero que sólo son procesadas después de él? (cfr. al respecto, Tribunal Constitucional Federal NJW 1990, 3140; BayOLG NJW 1990, 2833.) En otro ejemplo: de acuerdo a la jurisprudencia inicial del Tribunal Fiscal Federal, una determinada inversión se acogía a un beneficio tributario legal; entre tanto, el tribunal modifica su jurisprudencia con la consecuencia de la desaparición de dicho beneficio. ¿Puede un empresario que, con base en la jurisprudencia inicial, ha realizado una inversión, invocar dicha jurisprudencia? O ¿Debe pagar los impuestos de acuerdo a la nueva jurisprudencia?

El ciudadano que se ha confiado a la jurisprudencia hasta ahora vigente y ha dispuesto sus asuntos en consecuencia, es defraudado si los fundamentos jurídicos de sus disposiciones son desconocidos en virtud de la nueva jurisprudencia. Para él no existe diferencia de si un beneficio tributario es abolido por una ley retroactiva o si se suprime por una ley que continua vigente pero es interpretada restrictivamente en razón de un cambio jurisprudencial.

Por tal motivo se defiende en la literatura jurídica parcialmente la opinión que considera que la variación de la jurisprudencia es equivalente a la modificación de la ley y, por ello, sería admisible en principio que la nueva jurisprudencia sea aplicada exclusivamente a los casos futuros y no a los originados con anterioridad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria niega la equiparación entre modificación de la jurisprudencia y modificación de la ley. Los tribunales, si bien no han adoptado una posición uniforme, son como mínimo escépticos a una tal equiparación.

En una consideración más cercana, se muestra que la equiparación, quizá inicialmente evidente, entre variación de la jurisprudencia y modificación de la legislación, no es sustentable.

Es discutible de entrada, sí y cuándo, se presenta una variación de la jurisprudencia. La modificación legal resulta de un acto legislativo especial y por eso es fijada por escrito, determinada temporalmente y publicada en el diario oficial. La modificación de la jurisprudencia, por el contrario, está relacionada con el caso, así que comúnmente es difícil delimitarla temporal y materialmente con claridad. Se consideran, en todo caso, las modificaciones que se relacionan con conceptos jurídicos formales de la jurisdicción.

Pero les falta la publicidad, ya que las decisiones judiciales no son publicadas sino sólo notificadas a las partes y además, de forma relativamente casual, hechas públicas a través de las recopilaciones de sentencias, de las revistas especializadas o de otras publicaciones.

No obstante, estos son puntos de vista más de tipo práctico. La diferencia funcional entre la jurisdicción y la legislación es decisiva. A través de la modificación de la jurisprudencia el derecho vigente es sustituido y el nuevo derecho es creado. Pero por este medio, en verdad, no se crea nuevo derecho sino se interpreta nueva y más exactamente el derecho hasta ahora existente y de ahí en adelante. La jurisprudencia descubre la verdadera esencia del significado de la norma jurídica respectiva. Por eso, su consecuencia es que ella sea aplicada a los casos que abarca, aún a aquellos que se originaron antes de la modificación de la jurisprudencia. Si los casos antiguos tuvieran que decidirse con la jurisprudencia inicial, entonces estos se fallarían conscientemente –desde el punto de vista actual– de manera errada, lo cual, sería muy difícil de conciliar con el principio del Estado de Derecho y la razón de ser de la jurisprudencia.

Se sostiene, de acuerdo a la opinión contraria, que quien instaura un proceso judicial y persigue el cambio jurisprudencial a su favor, debe tolerar que se le diga que tiene razón y que en el futuro se aplicará la nueva jurisprudencia, pero que en su caso no se aplicará porque éste ocurrió con anterioridad al cambio jurisprudencial y por tanto, tiene que ser decidido según la jurisprudencia antigua. Sería absurdo entonces, demandar con el objetivo de promover un cambio jurisdiccional. Eso tendría como consecuencia la parálisis de la jurisdicción, porque los tribunales sólo podrían entrar en acción cuando fueran llamados. Si se valora la protección a la confianza, entonces la confianza en la observancia del derecho reconocido y correcto no debe ser menos estimada que la confianza en la jurisprudencia antigua.

Resumiendo, se puede afeverar que el ciudadano no puede confiar en la persistencia de la jurisprudencia anterior; tampoco cuando se trata de casos ocurridos en el pasado. Por lo tanto, la jurisprudencia de las altas cortes no es idónea para crear un fundamento de confianza para el ciudadano.

No obstante, quien se orientó por la jurisprudencia antigua queda absolutamente desprotegido. Puede exigir que en la apreciación de su caso sean considerados los cambios jurisprudenciales. Eso se puede realizar con la ayuda de regulaciones e institutos jurídicos, que también son idóneos en otros casos, a fin de que se tenga en cuenta la situación especial del ciudadano. Así, por ejemplo, se debe pensar en el derecho civil en las regulaciones sobre la teoría de la imprevisión contractual; en el derecho penal, las regulaciones sobre el error de prohibición; en el derecho administrativo en los preceptos sobre la limitación de la revocatoria de actos administrativos conformes o contrarios a derecho y también las opciones de cómo usar el poder de discrecionalidad.

V. Resumen

Una visión general sobre los tres campos de aplicación de la protección a la confianza muestra que ésta no sólo aparece en diferentes contextos, sino también repercute en muchas formas diferentes. De todas maneras, se pueden hacer algunas afirmaciones comunes a todas:

1. Hoy en día la protección a la confianza es reconocida generalmente realmente en la Republica Federal de Alemania como principio jurídico fundamental. Tiene base constitucional y vincula así todo el poder estatal, no sólo el poder ejecutivo, sino también al legislador y a la jurisdicción.

2. Preponderantemente, la protección de la confianza es fundamentada por el principio del Estado de Derecho establecido constitucionalmente y por el principio de la seguridad jurídica que resulta del anterior. Más allá, últimamente se remite de manera creciente a los derechos fundamentales que garantizan el patrocinio de la confianza en sus ámbitos de protección. Respecto a eso, se debe diferenciar entre la protección a la confianza por razón de derechos fundamentales y la protección de la misma a través del principio general del Estado de Derecho, el cual siempre debe ser aplicado cuando la protección especial de los derechos fundamentales no entre en acción. En la jurisdicción contenciosa administrativa se recurre también al principio de lealtad y buena fe. Las diferentes fundamentaciones no se contradicen sino que representan diferentes desarrollos del concepto del Estado de Derecho. Tampoco se deducen de ello diferentes consecuencias para su aplicación en la práctica.

3. La protección a la confianza no es una norma jurídica aplicable directamente, sino un principio jurídico que requiere todavía, de un desarrollo. En general, se puede decir que sólo es aplicable cuando:

a) se da un elemento típico de la confianza, que es idóneo para fundamenta a la existencia de una decisión estatal o las consecuencias de un comportamiento estatal y

b) que la confianza del ciudadano que parte de ella, es digna de protección en el

caso particular.

Para el primer punto, un elemento típico de la confianza sólo debe ser considerado cuando se trata de decisiones o medidas estatales que justifican una posición de confianza respecto del ciudadano. Este seguramente es el caso de los actos administrativos beneficiosos, pues ellos adjudican al ciudadano, de manera concreta y directa, una prestación o un servicio determinado. Las leyes deben ser analizadas de manera más diferenciada. El ciudadano puede confiar en que, en su contra, no sea cambiada una regulación legal con posterioridad a través de una regulación diferente (retroactividad auténtica). Pero no puede confiar en que una regulación permanezca vigente en el futuro (eficacia futura excluyente). En el medio se sitúan los preceptos legales que son válidos sólo para el futuro, pero que surgieron en el pasado y se refieren a hechos y relaciones jurídicas existentes (la así llamada retroactividad aparente). Estos, solamente fundamentan un tipo reducido de confianza legal. En el ámbito de la jurisdicción la sentencia judicial crea el fundamento de confianza –incluso un fundamento bastante estable–, más no la jurisprudencia de las altas cortes, que sólo tiene significado como precedente pero carece de naturaleza jurídica vinculante para los tribunales inferiores y para la práctica de la administración.

c) La confianza es digna de protección cuando el ciudadano confió y pudo confiar. Aspectos preponderantes en este caso: si el ciudadano en realidad conoció el fundamento de la confianza, si pudo confiar en la persistencia de la ley o del acto administrativo y si con fundamento en ello ha tomado las disposiciones respectivas. Cuando se trata de un acto administrativo puede y tiene que ser considerado el comportamiento del ciudadano y las circunstancias concretas del caso particular. Al contrario, en el caso de leyes el juicio no puede depender de las circunstancias particulares del destinatario. Mucho más – conforme con el carácter general de las leyes –, tiene que ser decidido de manera uniforme y por consiguiente no deben ser consideradas las circunstancias propias del destinatario de la ley.

4. La protección de la confianza puede entrar en conflictos con otros valores e intereses jurídicos, en especial con el principio de legalidad y de constitucionalidad, que exigen la corrección de actos antijurídicos, y con el interés legítimo del Estado de adaptar el derecho a las circunstancias cambiantes o de acuerdo con los más recientes conocimientos o iniciar, con la ayuda del

derecho, desarrollos nuevos. En tales casos, se debe ponderar entre los intereses de confianza del particular y el interés del Estado de introducir cambios e intentar llegar, bajo las consideraciones de todos los aspectos relevantes, a una compensación óptima.

5. La protección de la confianza apunta, en primer lugar, a la protección de la existencia. Mientras tanto, también son posibles soluciones intermedias que posibiliten, de un lado, la corrección o el ajuste necesarios, pero que consideren también, por el otro, el interés de confianza de los afectados. Deben ser atendidos, por tanto, diferentes clases de soluciones de transición, y además, las indemnizaciones por el perjuicio que hubiere sufrido el ciudadano por la revocatoria de una regulación o decisión estatal.



¹Nota del traductor: En el derecho administrativo alemán se distingue –desde la creación de la ley de procedimiento administrativo de 1976– entre la revocatoria de actos administrativos antijurídicos (en alemán: Rücknahme) por un lado, y de actos administrativos conforme a derecho (en alemán: Widerruf) por el otro, cfr. párrafos 48 y 49 de la ley de procedimiento administrativo. Como en Colombia no existe una terminología semejante, el traductor usará de aquí en adelante los términos “revocatoria de actos administrativos antijurídicos” (para Rücknahme) y “revocatoria de actos administrativos conforme a derecho” (para Widerruf).

²En alemán: Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Capítulo IV

El acto administrativo

I. Disposición sistemática

La actuación administrativa es tan variada como la vida misma. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se deben catalogar y sistematizar las diferentes clases y formas de las actuaciones administrativas. Eso sirve no sólo el afán por un obtener un orden sistemático, sino también, y sobre todo, para la economía administrativa. Los comportamientos administrativos individuales serán reunidos en grupos determinados, que en razón de sus características comunes son clasificados y por tanto, se pueden someter a reglas jurídicas comunes. No se necesita entonces comprobar cada caso particular desde la base. Basta la constatación de cuáles conceptos jurídicos son asignados a cada caso. Si eso es claro, entonces pueden aplicarse a los grupos de regulaciones las medidas respectivas. Si, por ejemplo, se constata que una determinada medida administrativa es un acto administrativo, entonces rigen para éste los preceptos que lo determinan: la admisibilidad, la forma, las condiciones de legalidad, la impugnación, la abrogación etc.

Para una sistematización, se ofrece una colección completa de puntos de conexión: se puede diferenciar entre actos jurídicos y situaciones de hecho; entre medidas con respecto a la relación Estado-Ciudadano y las que se producen en el ámbito interno de la administración; entre regulaciones para el caso particular y regulaciones abstractas y generales; entre medidas estatales unilaterales y contratos administrativos; entre formas de actuación de derecho público y formas de acción de derecho privado. El acto administrativo forma sólo un grupo, por cierto uno muy importante, en el ámbito del comportamiento de la administración. El acto administrativo es un acto jurídico en el contexto de la relación Estadocidadano que reglamenta un caso particular, unilateralmente expedido y que debe asociarse al derecho público.

El acto administrativo, como se ha desarrollado en Alemania, no está dado “a priori” o por el derecho natural, sino que ha sido desarrollado por la literatura y la jurisprudencia. Otto Mayer, considerado el padre del derecho administrativo alemán, en su manual de derecho administrativo de 1895, ofreció la definición clásica, en principio aún hoy determinante, aunque suene algo anticuada: "El acto administrativo es una decisión jurídica-autoritaria perteneciente a la

administración, que determina ante el súbdito, en el caso concreto, lo que para él debe ser derecho” (página 95). Para Otto Mayer, el acto administrativo era una función del “Estado de Derecho”. La administración no debería poder intervenir sencillamente a causa de una regulación legal, sino que en principio debería establecer obligatoriamente los presupuestos jurídicos de su actuación. Por tanto, aquella no debería poder simplemente sustraer del dominio del propietario un terreno para la construcción de una calle, sino en primer lugar, verificar y aclarar si la administración era competente, en general, para la sustracción –es decir, la expropiación.

El desarrollo del acto administrativo se fue configurando, ante todo, a través del derecho procesal administrativo. Los tribunales administrativos eran originalmente competentes sólo cuando un ciudadano demandaba la antijuridicidad de un acto administrativo y solicitaba su revocatoria. Por tal razón, no es sorprendente que la primera definición legal de acto administrativo aparezca en una ley de organización de la jurisdicción administrativa –en 1946–. De esta definición legal parte la determinación conceptual vigente, que por supuesto no aparece en la ley de organización de la jurisdicción administrativa¹, sino en la ley de procedimiento administrativo² de 1976. El parágrafo 35 de la ley de procedimiento administrativo, expresa:

Acto administrativo es toda disposición, decisión o cualquier otra medida soberana, que una autoridad toma para la regulación de un caso particular en el área del derecho público y que se dirige a un efecto jurídico inmediato y externo.

De acuerdo a ello, puede decirse brevemente que el acto administrativo es toda reglamentación soberana de un caso particular por una autoridad, con efecto jurídico inmediato y externo. La definición original de 1946, fue promulgada en un tiempo en que el contrato administrativo encontraba aún poca consideración. Por tal razón, falta también una caracterización clara que lo delimite frente al acto administrativo. No obstante, de las características conceptuales de “soberano” y “autoridad”, resulta que el acto administrativo representa una reglamentación unilateral y el contrato administrativo constituye, por el contrario, una reglamentación consensual.

Cuando se quiere aplicar en el caso concreto la regulación vigente para el acto administrativo, por ejemplo, si se quiere afirmar la admisibilidad de una demanda de impugnación ante un tribunal administrativo, debe inicialmente examinarse sobre todo si se trata de un acto administrativo, y si están dadas las características conceptuales del acto administrativo, a saber: “regulación”, “soberano”, “caso particular”, “autoridad”, y “efecto jurídico inmediato y externo”. Los conceptos tienen una función delimitadora. Cada característica conceptual sirve para la delimitación frente a otras formas de actuación administrativa. Por eso, en el concepto de acto administrativo se refleja, así mismo, la multiplicidad de actividades administrativas.

II. Las características conceptuales del acto administrativo

1. Regulación

Bajo el concepto de regulación, se debe entender una orden jurídicamente vinculante; una declaración de la voluntad a través de la cual se fundamenta, modifica o revoca un derecho o un deber. Esta característica conceptual sirve para delimitar el acto administrativo frente a la actuación administrativa real, además de los actos preparatorios y las declaraciones de voluntad sin carácter regulativo.

A las actuaciones administrativas reales pertenecen, por un lado, las operaciones administrativas, por ejemplo, el acordonamiento de una calle, la edificación y el mantenimiento de una piscina municipal etc.; y por otro lado, otras declaraciones administrativas que contienen una simple comunicación o valoración y que por tanto, no están dirigidas a la creación de efectos jurídicos. La delimitación puede ser dudosa, como lo muestra el siguiente caso, decidido por el Tribunal Federal Contencioso Administrativo, (Gaceta del Tribunal Federal Administrativo tomo 31, página 301): El demandante solicitó a la oficina de protección del orden constitucional la comunicación del nombre de la persona que dio determinadas informaciones sobre él. La oficina de protección del orden constitucional se negó. El demandante inició un proceso ante el Tribunal Administrativo. Para la determinación de la clase de demanda fue decisivo establecer si la información solicitada era o no un acto administrativo. La información como tal no es, con seguridad, un acto administrativo por falta de carácter regulativo. El Tribunal Federal Contencioso Administrativo, aclaró, no obstante, que la decisión acerca de si la información puede ser dada, puede ser vista como independiente, y por lo tanto, debe verse como un acto administrativo. Eso se puede justificar para el caso expuesto (limitada competencia de información de la oficina de protección del orden constitucional). Sin embargo, como regla general la información o bien su denegación no es un acto administrativo y por tanto, tampoco debe tramitarse su impugnación a través de la acción de obligación (con caducidad de un año,) sino por medio de la acción condenatoria (que no tiene caducidad).

Actos preparatorios son medidas u órdenes que no representan regulaciones definitivas. Por ejemplo, la citación a comparecer en un proceso o el requerimiento para la presentación de un concepto. Por su carácter preparatorio

no pueden ser aisladas sino en principio. Sólo pueden ser impugnadas conjuntamente con la decisión definitiva (parágrafo 44a, de la ley de organización de la jurisdicción administrativa). Declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes, sin carácter de orden son, por ejemplo, la fijación de un plazo, el permiso de pago por cuotas de una obligación o la declaración de compensación. Estas producen determinados efectos jurídicos y no deben ser calificadas, por tanto, como actos administrativos.

2. Soberano

Una regulación es soberana cuando puede ser referida al derecho público. Con ello, se eliminan todas las medidas de derecho privado. También cuando la regulación posee un carácter unilateral, como por ejemplo, la resolución de un contrato de arrendamiento. En este punto se hace determinante la distinción entre derecho público y derecho privado, que en el caso particular es frecuentemente problemática. En principio, se puede decir que el derecho privado regula las relaciones de los ciudadanos entre si y que el derecho público contiene los principios y las competencias de los órganos estatales. Sin embargo, el Estado también puede actuar bajo la órbita del derecho privado. Sobre eso se pueden diferenciar dos grupos de casos:

La adquisición de material de oficina o de vehículos de servicio, la incorporación de personal administrativo (no de funcionarios administrativos), la contratación de empresas constructoras para determinados trabajos de edificación, etc., se realizan como negocios de derecho privado o como los así llamados “negocios auxiliares fiscales” según las reglas del derecho privado. La administración celebra en estos casos contratos de derecho privado de compraventa, contratos de trabajo o contratos de obra, que en principio no se distinguen de los contratos entre particulares.

La administración puede también desempeñar verdaderas tareas administrativas en la forma del derecho privado. Desde luego, esto sólo es posible cuando ella no depende –como en la administración de control o en la administración fiscal– de una regulación unilateral y de una imposición coactiva, y sólo es admisible cuando no existen prescripciones de derecho público que sean aplicables al caso concreto. Vienen a consideración ante todo, las relaciones de suministro y utilización. Por ejemplo, el suministro de agua por parte de las empresas municipales o la utilización del transporte público. En estos casos, la administración tiene el derecho de elegir. Puede conformar la relación de uso según el derecho privado o de acuerdo al derecho público. En todo caso, no puede “refugiarse en el derecho privado” para rehuir vínculos de derecho público. Por eso, rigen también en ésta área los derechos fundamentales y los principios generales del derecho administrativo. Se habla de “derecho

administrativo privado”, es decir, del derecho privado superpuesto y vinculado al derecho público, que la administración tiene a su disposición en el desempeño de sus tareas.

3. Regulación de un caso particular

A través del acto administrativo se regulan casos particulares. No es problemático cuando la regulación abarca un supuesto de hecho y afecta a una persona, es decir, el acto administrativo es concreto e individual (liquidación de impuestos, permiso de industria o comercio, incorporación al servicio militar). Es cuestionable esta apreciación cuando se trata, en verdad, de un supuesto de hecho, pero que afecta a un gran – o en todo caso indeterminado – número de personas- La regulación es así, concreta-general. El siguiente ejemplo ilustra la cuestión. Se trata de la prohibición de una reunión planeada para el día siguiente y cuyo número de participantes está aún abierto. De acuerdo con el parágrafo 35 frase primera de la ley de procedimiento administrativo, es determinante la concreción del objeto de regulación y no su individualidad. La característica de “caso particular” sirve para la delimitación entre decreto reglamentario y estatuto, que sin duda también son proferidos por autoridades administrativas o por órganos administrativos pero que son de naturaleza jurídica abstracta-general. También aquí, surgen, una y otra vez, problemas de delimitación. Se refieren, por ejemplo, a señales de tránsito (límites de velocidad o prohibición de estacionamiento para un determinado tramo de la vía); la autorización de un estatuto a través de una superintendencia; la admisión tipo (la autorización de un ejemplar de un producto que se producirá en grandes cantidades) y la utilización de una instalación pública (biblioteca pública, baños públicos etc.). En todos estos casos, se acepta que se trata de actos administrativos. La clasificación se simplifica por medio de la figura jurídica de la “disposición general”. Esta consiste, de acuerdo con el parágrafo 35 frase segunda de la ley de procedimiento administrativo, en “un acto administrativo que se dirige, conforme a las características generales, a un círculo de personas determinadas o determinables, o que afecta cualidades de derecho público de un objeto o su uso por la comunidad”.

4. Autoridad

Con la referencia al concepto de “autoridad”, se indica el autor del acto administrativo. Autoridad es, de acuerdo con el parágrafo primero inciso cuarto de la ley de procedimiento administrativo, “todo cargo que desempeña tareas de la administración pública”. La función es determinante, no la disposición organizatoria. El concepto amplio de “autoridad” tiene sólo una restringida delimitación. Este puntualiza que actos de gobierno, por ejemplo, la iniciación de relaciones diplomáticas con un estado extranjero y los actos de la jurisprudencia, en especial las sentencias judiciales, no caben bajo el concepto de acto administrativo. Más allá, la característica “autoridad” expresa que el acto administrativo sólo se profiere por “autoridades” y con eso, representa una regulación unilateral. Con esto se excluyen regulaciones bilaterales, en especial, los contratos administrativos.

5. Efecto jurídico inmediato y externo

El acto administrativo contiene regulaciones que se dirigen al ciudadano o a otras personas jurídicas que están del otro lado de la administración (asociaciones privadas, corporaciones de derecho público). Ellas pertenecen – como las leyes, los estatutos y los decretos reglamentarios– al derecho externo. La característica conceptual del “efecto externo”, sirve para la delimitación frente a los actos de las autoridades que se quedan en el ámbito interno de la administración, en especial, con respecto a las instrucciones internas de servicio y a los actos de cooperación con otras autoridades relativas a la expedición de actos administrativos. Las instrucciones internas de servicio se dirigen a autoridades y servidores administrativos. Estas resultan de la estructura jerárquica de la administración y deben asegurar la integridad y legalidad de la administración. Ejemplo: la autoridad de nivel superior ordena a la autoridad administrativa de nivel inferior la demolición de una casa de fin de semana ilegalmente edificada por X. La orden es vinculante para la autoridad de nivel inferior, pero, por el contrario, jurídicamente irrelevante para X. Este puede esperar la orden de demolición (acto administrativo) de la autoridad de nivel inferior y entonces, dado el caso, instaurar demanda de impugnación contra ella. Una clara delimitación entre las instrucciones de servicio interno y los actos administrativos, sin embargo, no siempre es posible. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal Contencioso Administrativo, la asignación de otro ámbito de labores dentro de la misma autoridad es una instrucción de servicio interno. Por el contrario, la transferencia de un funcionario de una entidad administrativa a otra, es un acto administrativo porque la situación personal del funcionario – también – resulta afectada (Gaceta del Tribunal Federal Contencioso Administrativo tomo 60, página 144; tomo 98, página 334).

La aprobación por otras autoridades administrativas o de otro órgano administrativo debe incluir los derechos e intereses que estos representan en la toma de la decisión. Así por ejemplo, la licencia de construcción expedida por la autoridad encargada para tal efecto, puede, en casos determinados, ser emitida solamente si el municipio ha dado su consentimiento (parágrafo 36 inciso primero Código de Construcción ³). El requisito del consentimiento tiene por fin el de garantizar la soberanía de la planeación a cargo del municipio en el ámbito

de su jurisdicción. El consentimiento debe ser declarado ante la autoridad competente. El mismo sólo tiene efectos internos para la administración. Hacia el exterior –en relación con el constructor solicitante– solamente se manifiesta la autoridad encargada de otorgar las licencias de construcción. Por ello, si la licencia de construcción es negada por falta de consentimiento del municipio, se deberá instaurar la acción contra dicha autoridad para demandar su concesión.

III. Significado y función del acto administrativo

1. Eficacia jurídica independiente de errores

La particularidad del acto administrativo consiste en que es vinculante y tiene eficacia jurídica en el caso de que llegara a ser contrario a la ley. La pregunta sobre la juridicidad o antijuridicidad es inicialmente irrelevante. Sólo es determinante el que se haya emitido una regulación en la forma de un acto administrativo. El ciudadano no puede ignorar un acto administrativo que le afecta, alegando que este es contrario a la ley y por tanto no vinculante. Por el contrario, el ciudadano debe acatar y obedecer el acto administrativo sin consideración a que éste sea o no conforme a la ley. El ciudadano no le cabe, sin embargo, aceptarlo sin posibilidad de entablar una acción. Por el contrario, mucho más, el ciudadano puede impugnar el acto administrativo y por esta vía alcanzar su revocatoria a través de la autoridad encargada de resolver el recurso o por el tribunal administrativo. La eficacia jurídica originaria está sometida a la reserva de una revocatoria o impugnación posterior. Dicha eficacia no se presenta cuando el acto administrativo sufre una falla notoria y grave. En ese caso, el acto administrativo es nulo desde el principio.

La eficacia jurídica, libre de errores, sirve para la efectividad de la administración y para la seguridad jurídica. La administración puede basarse en que los actos administrativos emitidos por ella existen y tienen un carácter vinculante, en tanto que no sean revocados por un acto contrario (*actus contrarius*). Esto es importante sobre todo en los “actos administrativos en masa” (Liquidación de impuestos, Liquidación de pensiones de jubilación y actos semejantes), que son producidos mediante el empleo del computador. El ciudadano debe examinar si el acto administrativo producido por el computador es conforme a derecho. De existir objeciones, las puede hacer valer. En algunos casos, basta que se le avise a la autoridad de la antijuridicidad del acto y se le de la posibilidad de modificarlo o de revocarlo. Como último medio queda todavía la acción judicial administrativa.

La eficacia jurídica, libre de errores, resulta beneficiosa, además –en actos jurídicos de naturaleza favorable– para el ciudadano. Porque la autoridad está también vinculada en tanto que el acto administrativo no sea revocado o retirado. Los actos administrativos son emitidos, sin duda, unilateralmente, pero vinculan

bilateralmente. Ejemplo: una autoridad concede, mediante acto administrativo, una subvención y en seguida la paga. Después constata que no estaban dados los presupuestos legales para subvencionar. La autoridad solicita entonces la devolución del dinero, ¿con razón? El fundamento jurídico de la subvención es el acto administrativo, en tanto que él siga teniendo eficacia jurídica el pago también tiene eficacia jurídica. Por eso, la autoridad debe, en primer lugar, retirar el acto administrativo, lo que sólo es admisible bajo limitados supuestos por motivos de la protección de confianza de los ciudadanos (parágrafo 48 inciso segundo de la ley de procedimiento administrativo).

2. Título ejecutivo

La autoridad administrativa puede ejecutar coactivamente sus créditos determinados por acto administrativo. El acto administrativo es un título ejecutivo. Mientras que el ciudadano, si quiere ejecutar sus créditos contra otro ciudadano o con respecto a la administración debe recurrir a los tribunales y disputar un título ejecutivo. La administración por el contrario, puede proceder coactivamente contra el ciudadano en virtud de su acto administrativo. El ciudadano es por ello impedido a ejercer el rol de demandante. Un presupuesto legal es, ciertamente, que la autoridad haya emitido un acto administrativo y que fuera permitido emitirlo. Si este no es el caso, entonces ella también debe proceder judicialmente y acudir a los tribunales administrativos –en asuntos de derecho público– o bien, a los tribunales ordinarios –en asuntos de derecho privado.

IV. Clases de actos administrativos

1. Diferencias generales

El acto administrativo, desde la perspectiva jurídica, también representa una forma de actuación uniforme y se le puede subdividir bajo diversos aspectos que igualmente tienen consecuencias jurídicas:

a) Por el contenido de la regulación: actos administrativos que imparten órdenes, que contienen un mandato o una prohibición y que por consiguiente obligan a los destinatarios a una acción, omisión o tolerancia (por ejemplo: el requerimiento para el pago de una determinada suma de dinero, la prohibición de una reunión, la interdicción de una actuación de industria o de comercio, etc.); actos administrativos que configuran derechos, que constitutivamente fundamentan, modifican o revocan y por tanto ocasionan una modificación jurídica (por ejemplo, licencias de construcción, de industria o de comercio, otorgamiento de la ciudadanía a un extranjero, nombramiento de un funcionario); actos administrativos de comprobación, que en si mismos, solamente verifican, de manera declaratoria, el derecho vigente en un caso concreto, pero que como comprobaciones vinculantes tienen un carácter regulatorio propio (por ejemplo: la comprobación de la nacionalidad, constatación del salario resultante de la ley de remuneraciones, etc.).

b) Por la duración de la regulación: actos administrativos que se agotan con un único cumplimiento (por ejemplo, la disolución de una reunión, el pago de una tasa única); actos administrativos que fundamentan una relación jurídica permanente (por ejemplo, concesión de una renta para ser pagada mensualmente una licencia industrial o de comercio).

c) Por el efecto de la regulación: actos administrativos favorables, que fundamentan o confirman un derecho o una ventaja jurídica para el ciudadano (por ejemplo, la concesión de una subvención, otorgamiento de una licencia de construcción, otorgamiento de matrícula de un estudiante en una universidad pública); actos administrativos gravosos, que intervienen los derechos del ciudadano, o bien, que afectan una solicitud favorable (por ejemplo: las anteriormente nombradas prohibiciones y mandatos, o la negación de una licencia de construcción). Es posible, y más aún frecuente, que un acto

administrativo sea tanto beneficioso como desfavorable para el destinatario (actos administrativos con efecto doble), o bien, que favorezca al destinatario pero perjudique a un tercero (actos administrativos con efectos ante terceros). Un ejemplo típico de un acto administrativo con efecto ante terceros es la licencia de construcción, que autoriza al constructor a afectar al vecino en sus derechos de vecindad. El vecino puede, en este caso, instaurar una acción contra la licencia de construcción. Si tiene éxito se revoca la licencia con la consecuencia de que el proyecto no puede ser realizado por falta de permiso. Resulta aún más complejo cuando a través del acto administrativo favorable, se afecta a un número mayor de personas en diferentes derechos e intereses (el caso de los así llamados “actos administrativos tripolares” o incluso “multipolares”). Así, por ejemplo, una decisión de planeación urbana que permite la construcción de una calle, puede afectar a una pluralidad de personas que persiguen intereses completamente diferentes (evitar el ruido del tráfico, repercusiones para los empresarios y comerciantes adyacentes, consecuencias para el tráfico, reducción o mejoramiento del transporte público). La autoridad de planeación tiene que considerar diversos intereses y encontrar una compensación para las partes. El tribunal administrativo, cuando se instaura una acción contra la decisión de planeación, debe comprobar si la ponderación hecha por la autoridad ha sido razonable.

2. Clases especiales de actos administrativos

a) Autorización de control y concesión de una excepción. Estas dos clases de actos administrativos tienen en común que revocan una prohibición legal en el caso particular y con eso permiten una determinada actuación o un determinado proyecto. Se diferencian considerablemente, sin embargo, en los presupuestos legales y en sus consecuencias. La autorización de control debe posibilitar un control previo. Determinados proyectos o actuaciones se prohíben, pero no porque en principio sean inadmisibles, sino porque debe ser examinado, en primer lugar –en el procedimiento de autorización–, si están dados los presupuestos jurídicos para tal proyecto o actuación.

La construcción, en lo que en el derecho alemán se llama “ámbito interno planeado”, es en principio permitida, pero en cuanto a la protección de los intereses de los vecinos y de la comunidad en general existen numerosas prescripciones y limitaciones. Si la autoridad examina la observancia de las regulaciones del derecho de construcción, una vez construido un edificio, entonces tendría, en caso de que se presentara una antijuridicidad, que ordenar la demolición o dejar la obra intacta –aún a pesar de la antijuridicidad–. Ninguna de las dos opciones sería satisfactoria. Sería más conveniente examinar la compatibilidad con el derecho de construcción con base en la documentación y los planos antes de que se haga la edificación. Si se cumplen los requisitos entonces se concede la licencia; en caso contrario, si se niega, deberá rechazarse la solicitud.

La concesión de una excepción, garantiza, por el contrario, a una auténtica excepción respecto a una prohibición general, que no existe con fines de control sino para impedir un proyecto o una actividad jurídico-política no deseada o incluso socialmente dañina. Así por ejemplo, la construcción inadmisibles en un sector no urbano, puede permitirse excepcionalmente para evitar casos graves atípicos y legislativamente no deseados. El otorgamiento de la concesión de excepción queda, por regla general, bajo la discrecionalidad de la autoridad, aunque el solicitante tiene en todo caso el derecho a un examen libre de errores en el uso de ese poder discrecional.

b) Decisión preliminar y autorización parcial. Este tipo de actos administrativos entran en consideración en los procedimientos administrativos escalonados para el caso de la autorización de grandes proyectos. Por ejemplo, las autorizaciones para la edificación de complejos industriales o plantas de energía nuclear, están sometidos, por regla general, a diversas etapas procesales y cada una de estas culmina con un acto administrativo, pero que forma sólo una parte del proceso de autorización total. Por medio de esta estratificación se simplifica la superación de los problemas materiales y jurídicos, muchas veces difíciles y de largo alcance. Con la decisión preliminar son examinados y decididos algunos presupuestos jurídicos, los demás presupuestos quedan abiertos. Los primeros pueden ser comprobados con la decisión previa. Por ejemplo, que la obra es admisible en el sitio previsto. En este aspecto, se decide solamente sobre la pregunta del lugar de ubicación; sobre las condiciones adicionales de la licencia se debe decidir en las siguientes etapas procesales. La decisión preliminar es un acto administrativo que puede ser impugnado. Si no prospera ninguna impugnación o si la impugnación se mantiene sin resultado, la decisión preliminar adquiere fuerza de cosa juzgada y fundamenta el siguiente procedimiento. La edificación del complejo de nuestro ejemplo, solamente es admisible si se han recorrido todas las etapas procesales y existe la decisión final.

La autorización parcial se relaciona, por el contrario, con una parte del complejo y decide sobre ella definitivamente. Así es posible, por ejemplo, que en un gran proyecto la construcción de una instalación de producción sea autorizada, pero el permiso de las instalaciones técnicas en ese edificio permanezca abierto y deba ser examinado en etapas posteriores del procedimiento. La autorización parcial concierne pues, solamente a una parte del proyecto, pero es definitiva en ese aspecto. La ventaja para el empresario consiste en que con base en la autorización parcial la construcción puede empezar.

V. La antijuridicidad del acto administrativo y sus consecuencias

1. La antijuridicidad

Por regla general, los actos administrativos deben ser conformes a derecho. Una y otra vez se presenta que un acto administrativo infringe preceptos jurídicos y por eso resulta antijurídico (también denominado acto administrativo viciado). En el caso concreto, se debe examinar si el acto administrativo:

a) Es formalmente legal, esto es, si (a) la autoridad era competente materialmente, territorialmente y jerárquicamente, (b) los preceptos procesales fueron cumplidos, (c) la forma prescrita fue respetada y (d) se dio la fundamentación necesaria.

b) Es materialmente conforme a derecho, esto es, si es compatible con las regulaciones legales, los principios generales del derecho administrativo, en particular con el principio de proporcionalidad, y con la Constitución, y en especial, con los derechos fundamentales.

c) En los actos administrativos discrecionales si se respetaron los vínculos discrecionales y por tal razón el acto administrativo es libre de vicios de discrecionalidad.

Los preceptos procesales no son, de ninguna manera, simples formalidades. Por el contrario, deben garantizar que se tomará una decisión correcta en el sentido jurídico-material. Esto es válido, ante todo, para la eficacia de los derechos procesales del ciudadano. El derecho de audiencia no sólo le da al ciudadano la posibilidad de tener influencia en la toma de la decisión por parte de la autoridad, en sentido material y jurídico, sino que proporciona a la autoridad informaciones de las que sólo dispone el solicitante. La fundamentación principalmente necesaria, conforme al parágrafo 39 inciso 1º de la ley de procedimiento administrativo, tiene una función tripartita: aquella debe comunicar al destinatario las valoraciones determinantes de la autoridad, para que este pueda hacerse una imagen acerca de la legalidad del acto administrativo y tenga la oportunidad de estimar las posibilidades de un recurso jurídico. Sirve,

además, para el autocontrol de la administración, que a través del deber de declaración expresa de los fundamentos es obligada a examinar exactamente los presupuestos jurídicos del acto administrativo. Debe, finalmente, facilitar el control por parte de los tribunales administrativos.

2. Los efectos jurídicos de la antijuridicidad

Conceptualmente se debe distinguir entre los pares “jurídico–antijurídico” y “eficaz–ineficaz”. El primer par conceptual concierne a la compatibilidad del acto administrativo con el derecho vigente. El segundo par se refiere a si el acto administrativo puede o no desarrollar sus efectos. El acto administrativo conforme a derecho es, en principio, jurídicamente eficaz; solamente cuando éste tiene provisto un término o una condición suspensiva, o cuando es impugnado a causa de una presunta antijuridicidad, se suspende provisionalmente la eficacia jurídica. A partir de aquí resultan, de acuerdo con el derecho vigente alemán, casos de antijuridicidad con diferentes efectos jurídicos, a saber:

- a) El acto administrativo es en principio solamente impugnable (parágrafo 43 de la ley de procedimiento administrativo, y parágrafo 42 y siguientes de la ley de ordenamiento de la jurisdicción administrativa).
- b) El acto administrativo es excepcionalmente nulo solamente cuando presenta un error grave y manifiesto (parágrafo 44 de la ley de procedimiento administrativo).
- c) Existen determinados preceptos para los actos administrativos cuyo incumplimiento acarrea vicios procedimentales (parágrafos 45 y 46 de la ley de procedimiento administrativo).
- d) Los actos administrativos ilegales pueden ser retirados por la autoridad (parágrafos 48 y 51 de la ley de procedimiento administrativo).
- e) El acto administrativo ilegal puede, bajo determinados presupuestos jurídicos, ser convertido en un acto jurídico legal (parágrafo 47 de la ley de procedimiento administrativo).
- f) Los vicios evidentes, como por ejemplo errores tipográficos o errores de cálculo y similares, pueden ser corregidos por la autoridad en cualquier momento sin exigencias legales.

A continuación sólo se expondrán brevemente la impugnabilidad, las consecuencias de los vicios de procedimiento, la nulidad y la revocatoria del acto administrativo.

3. La impugnabilidad de los actos administrativos

El ciudadano puede impugnar los actos administrativos que de acuerdo con su criterio, sean antijurídicos y, con ello, alcanzar eventualmente su revocatoria por la autoridad de revisión o por el tribunal administrativo. Impugnabilidad y revocabilidad están por consiguiente en una estrecha correlación. Éstas tienen, no obstante, diversos puntos de referencia, y también se corresponden sólo en parte. La impugnabilidad surge del ciudadano. Esta apunta a la revocatoria de un acto administrativo, pero sólo alcanza dicho objetivo cuando resulta, dentro de un proceso de impugnación, que el acto administrativo es verdaderamente antijurídico. La impugnación entonces, puede –aunque no tiene que– llevar a la revocatoria. Por otro lado, no se limita ésta al proceso de impugnación. La autoridad de revisión y el Tribunal Contencioso Administrativo solamente pueden decidir y revocar cuando el acto administrativo ha sido impugnado.

La autoridad que emitió el acto administrativo puede, además, retirarlo por sí misma –por fuera del proceso de impugnación–. Esto se conoce, de acuerdo con la terminología de la ley de procedimiento administrativo, como “revocatoria”.

La impugnación de actos administrativos está regulada en la ley de ordenamiento de la jurisdicción administrativa. Aquella transcurre, por regla general, en dos niveles. Primero, se debe interponer el recurso ante la autoridad superior jerárquica y excepcionalmente también ante la autoridad que ha proferido el acto administrativo. Si el recurso previo (vía gubernativa) resulta infructuoso, puede ser instaurada la correspondiente acción de impugnación ante el Tribunal Contencioso Administrativo. El recurso previo se mantiene aún en el ámbito de la administración y representa en estas condiciones un instrumento de control interno. Con la acción de impugnación se supera el ámbito de la administración y se activa un control externo. El Tribunal Contencioso Administrativo decide independientemente por medio de personas expertas en derecho. Su especial posición y el proceso administrativo dotado de especiales garantías, aseguran un examen completo, neutral y jurídico. La autoridad, que hasta ese punto era “dueña del procedimiento” participa en el proceso –al igual que el demandante– en el papel de parte procesal y debe presentar y defender su criterio jurídico ante los estrados del tribunal. La impugnación somete a

discusión el acto administrativo, y la revocatoria o la negación definitiva de ésta, ponen fin a esa discusión. La pregunta es ¿cómo debe ser apreciado el acto administrativo en el tiempo intermedio? Los intereses son contrapuestos. El ciudadano quiere impedir que el acto administrativo impugnado sea ejecutado antes de la decisión definitiva, y con eso evitar que se produzcan resultados que posiblemente no se puedan retrotraer. La autoridad quiere, por el contrario, hacer valer el acatamiento y la ejecución inmediatos del acto administrativo como necesario al interés público. Este conflicto de intereses se regula bajo las determinaciones de la protección jurídica provisional. A efectos de resolver esta contraposición, la impugnación generalmente tiene un efecto suspensivo, y por tanto, el acto administrativo no será eficaz provisionalmente, con la consecuencia de que no deberá ejecutarse hasta la decisión definitiva. El efecto suspensivo no procede cuando el interés público para la ejecución inmediata prevalece, lo que debe ser comprobado por la autoridad y finalmente por el Tribunal Contencioso Administrativo mediante la valoración de los diversos intereses en el caso particular. En sus pormenores esto se regula en los párrafos 80 y 80a de la ley de ordenamiento de la jurisdicción administrativa.

4. Vicios del procedimiento

Cuando un acto administrativo infringe preceptos procedimentales, por ejemplo, si se dirige contra el derecho de audiencia del afectado, aquel resulta antijurídico a causa de esta infracción. No obstante, es enteramente posible que el acto administrativo sea concordante en cuanto a su contenido con el derecho vigente y por eso sea legal desde el punto de vista jurídico material. ¿Debe ser de todas formas revocado? La ley de procedimiento administrativo tiene a disposición una regulación específica (parágrafos 45 y 46).

a) Subsanación: determinados vicios del procedimiento, entre otros, la lesión del derecho de audiencia, pueden ser subsanados si la actuación procesal correspondiente es recuperada antes del fin del proceso contencioso administrativo jurisdiccional. Ejemplo: a X se le retira la licencia de conducción sin respetar el derecho de audiencia. X interpone acción de impugnación después de un procedimiento de reposición infructuoso. El vicio procedimental se subsana cuando X, en el procedimiento de reposición o como mínimo en el procedimiento contencioso administrativo, es oído, lo que por regla general sucede. El tribunal solamente tiene que examinar –tomando en consideración la exposición de X– la legalidad material de la privación de la licencia.

b) Improcedencia: los vicios del procedimiento son improcedentes cuando es evidente que no han influenciado materialmente la decisión. Improcedente significa que no deben ser tomados en consideración para la decisión jurisdiccional y por lo tanto no conducen a la revocatoria del acto administrativo. Ello exige un hipotético examen de la causalidad. Cuando volviendo al caso arriba indicado, se debe aceptar que el retiro de la licencia de conducción en todo caso –aún cuando X hubiera sido oído– pudo y debió haber sido retirada, entonces este vicio procedimental resulta improcedente.

Estas regulaciones no están exentas de problemas. En general, existe la tendencia a fortalecer los derechos procesales de los ciudadanos. Esta tendencia también es exigida constitucionalmente. El Tribunal Federal Constitucional

destaca, reiteradamente, el significado del procedimiento para la materialización de los derechos fundamentales individuales. En consecuencia, no sólo las decisiones estatales deben estar en consonancia con los derechos fundamentales, sino también deben conformarse y practicarse los procedimientos administrativos precedentes y la protección jurídica subsiguiente, de tal manera que se garantice una óptima seguridad y materialización de las posiciones jurídicas afincadas en los derechos fundamentales (cfr. decisiones del Tribunal Federal Constitucional tomo 53, página 65 y sig.; tomo 52, página 389 y ss.; tomo 69, página, 355 y ss.). Lo anterior se opone a que la vulneración de preceptos procedimentales permanezca ignorada y desestimada. Cuando las garantías procesales deben asegurar la corrección material de la decisión, existen duda de si ese objetivo, en el caso de su vulneración, será alcanzado. En todo caso, existe diferencia si se realiza una audiencia antes o después de la decisión. En el primer caso, el ciudadano tiene la posibilidad de influenciar la decisión; en el segundo, tiene solamente la posibilidad de que una decisión, ya tomada y consolidada, sea corregida. En el primer caso la autoridad todavía está abierta, en el segundo ya se ha comprometido.

5. La nulidad del acto administrativo

La simple impugnabilidad del acto administrativo es la regla. Excepcionalmente es nulo un acto administrativo antijurídico. Este es el caso, como ya se expuso, cuando el acto administrativo presenta un vicio evidente y grave. Si no existe duda de la antijuridicidad, sería injustificado permitir que el acto administrativo provisionalmente obtenga eficacia jurídica.

El acto administrativo nulo no despliega ningún efecto jurídico. Este no debe ser considerado ni ejecutado por la administración. No debe ser cumplido tampoco por el ciudadano. La nulidad se puede hacer valer en cualquier momento y en cualquier proceso. Una prestación que se apoya en un acto administrativo nulo, puede ser reclamada sin inconvenientes, una vez que el acto administrativo nulo –a diferencia del acto administrativo antijurídico pero impugnabile– no representa una base jurídica suficiente para la prestación. Lo anterior, es válido tanto para las subvenciones del Estado para con el ciudadano, como para los impuestos y otras contribuciones de este para con el Estado. El acto administrativo nulo no es, en todo caso, jurídicamente irrelevante. Este puede dar lugar a pretensiones de reparación de perjuicios. Además, puede ser objeto de un procedimiento judicial. Cuando existen dudas acerca de los presupuestos de la nulidad (evidencia y gravedad del vicio), el ciudadano puede exigir la comprobación de la nulidad por parte de la autoridad encargada o del Tribunal Contencioso Administrativo (parágrafo 44 inciso quinto de la ley de procedimiento administrativo, parágrafo 43 inciso primero de la ley de ordenamiento de la jurisdicción administrativa).

El ciudadano simplemente no está obligado a exigir dicha comprobación. Puede ignorar un acto administrativo que considera falso, aunque lo hace bajo su propio riesgo. En todo caso es posible que la autoridad no comparta su criterio e intente ejecutar el acto administrativo. Si el término de caducidad para la impugnación transcurrió, entonces la objeción del ciudadano acerca de la nulidad del acto administrativo o por lo menos de su antijuridicidad, ya no vale. El ciudadano está bien encaminado si por precaución instaura en tiempo la acción de impugnación. De acuerdo con la doctrina dominante, el Tribunal Contencioso Administrativo también puede, en el marco de la acción de

impugnación, revocar un acto administrativo nulo. Ello es dogmáticamente indudable. Es probable por tanto, que un proceso de revocatoria se transforme en un proceso de declaración de nulidad cuando resulta que el acto administrativo es efectivamente nulo.

6. La revocatoria del acto administrativo

La impugnación es relevante solo respecto de actos administrativos gravosos. Los actos administrativos favorables no son impugnados por falta de interés. En ambos casos, la autoridad puede, no obstante, bajo determinados presupuestos legales retirar –por fuera de los medios jurídicos procesales– un acto administrativo emitido por ella en virtud de su antijuridicidad. La revocatoria de actos administrativos gravosos es admisible en principio. Se plantea incluso la pregunta de si el ciudadano tiene el derecho a que se retire un acto administrativo que le resulta gravoso o por lo menos que se decida sobre la revocatoria en el marco del poder discrecional libre de vicios. Si se admitiera esto sin excepciones, se eludirían así los términos de las acciones legales. Por esto, es admisible el derecho a una nueva revisión y revocatoria de un acto administrativo sólo bajo determinados presupuestos de acuerdo con el derecho vigente. La revocatoria de los actos administrativos favorables es problemática desde la perspectiva del ciudadano. Éste puede apoyarse en la seguridad jurídica y hacer valer que confió en la existencia del acto administrativo. La revocatoria de actos administrativos favorables solo es admisible teniendo en consideración los presupuestos del así llamado principio de la protección de la confianza.



¹En alemán: Verwaltungsgerichtordnung (Vwgo).

²En alemán: Verwaltungsverfahrensgesetz (Vwgo).

³En alemán: Baugesetzbuch (BauGB).

Capítulo V

El contrato administrativo

I. Introducción

El instrumento de acción típico y dominante de la administración es el acto administrativo, que ha sido tratado en el capítulo anterior. La administración, no obstante, puede pretender una regulación de común acuerdo con el ciudadano y celebrar un contrato administrativo en lugar de la regulación unilateral a través del acto administrativo. El contrato administrativo constituye así una alternativa frente al acto administrativo. Sin embargo, el contrato administrativo no está delimitado en cuanto a su área de aplicación, sino que puede ser empleado también allí donde el acto administrativo, por motivos circunstanciales o jurídicos, no pueda aplicarse. Ese sería el caso, por ejemplo, cuando la administración no cuente con un ordenamiento por virtud del cual pueda expedir algún acto administrativo de manera especial, como en las relaciones entre dos autoridades administrativas de la misma categoría, para las cuales faltan los presupuestos legales para la expedición de un acto administrativo. Sin embargo, en esas condiciones un contrato administrativo es posible y admisible. De otro lado, se excluye el contrato administrativo como forma de tratamiento, si la administración está obligada directa o indirectamente por virtud de la ley a elegir la forma del acto administrativo como manifestación de su voluntad, o si el ciudadano se niega a admitir un acto administrativo propuesto por la administración.

II. Fundamentos jurídicos

El contrato administrativo está regulado en Alemania –junto con el acto administrativo– en la ley de procedimiento administrativo de 1976¹. Esta ley no sólo se refiere al derecho procesal, sino también derechos jurídicos materiales. En cuanto al acto administrativo, el legislador tuvo en cuenta lo expresado por la jurisprudencia y la literatura jurídica que se había publicado hasta ese momento. Se adentró, por otro lado, en un terreno desconocido en lo que tenía que ver con el contrato administrativo. Por lo mismo, el legislador fue muy cauteloso y se limitó sólo a dar unos pocos principios. Los detalles específicos debieron ser dejados para su desarrollo posterior, especialmente por parte de la jurisprudencia. La ley procesal administrativa regula solamente:

- El concepto de contrato administrativo,
- La admisibilidad fundamental del contrato administrativo,
- Dos tipos especiales de contratos, concretamente el contrato de transacción y el contrato sinalagmático,
- Su forma escrita,
- El consentimiento de terceros en caso de contratos onerosos,
- Los efectos jurídicos de la antijuridicidad,
- La adaptación en presencia de cambios de las circunstancias,
- El sometimiento a la inmediata ejecución.

Por lo demás, son aplicables las prescripciones generales de la ley de procedimiento administrativo y de manera complementaria las regulaciones contractuales del Código Civil Alemán². La referencia a las prescripciones del Código Civil alemán es destacable. El acto administrativo está circunscrito al

área de aplicación del derecho administrativo, en tanto que el contrato es, por el contrario, una categoría general del derecho y por ello puede encontrarse en todas las áreas jurídicas. El recurso subsidiario a las normas del Código Civil alemán, vale pues, no como aplicación de derecho privado, sino como derecho público, ya que el carácter de derecho público del contrato no se modifica.

III. Concepto de contrato administrativo

De acuerdo a la definición legal del parágrafo 54 de la ley procesal administrativa, el contrato administrativo es un contrato a través del cual se constituye, se modifica o se extingue una relación jurídica en el área del derecho público. La ley vincula con esto el concepto general de contrato y lo especifica en relación con el contrato administrativo a través de su objeto.

De acuerdo a la teoría general del derecho, el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para generar un determinado efecto jurídico. Éste se perfecciona a través de la presentación de las respectivas declaraciones de voluntad, dirigidas a producir un determinado efecto jurídico (oferta y aceptación). Si las declaraciones de voluntad no se aúnan (disenso) o cuando la voluntad jurídica vinculante no se da, entonces no se presenta desde el comienzo ninguna clase de contrato.

El contrato administrativo se diferencia de los demás contratos porque se trata de una relación jurídica de derecho público. Determinante es entonces el contenido del contrato. La posición jurídica de las partes no tiene relevancia. El hecho de que una de las partes o incluso las dos estén constituidas por titulares de la administración no implica todavía que se trate de un contrato administrativo. Un contrato entre dos titulares de la administración puede ser de naturaleza privada. Así por ejemplo, cuando un municipio compra un vehículo para su servicio al municipio vecino.

En virtud de que sólo el objeto contractual es relevante, pueden también celebrarse contratos administrativos entre particulares. Así por ejemplo, la transmisión contractual del deber jurídico público de cuidado y limpieza de una calle o la transmisión contractual de un derecho jurídico público de servidumbre. Tales contratos requieren, en todo caso, una habilitación legal especial o específica. En la praxis dicho tipo de contratos se presentan sólo en raras ocasiones.

IV. Delimitación del contrato administrativo

El contrato administrativo está delimitado por tres dimensiones: primera como contrato de derecho público, frente a los contratos de derecho privado; en segundo lugar, como regulación bilateral frente al acto administrativo y tercero, como acuerdo vinculante jurídicamente frente a los así denominados “acuerdos informales”.

1. Delimitación frente a los contratos de derecho privado

Previamente hay que determinar que la ley de procedimiento administrativo continuamente se refiere a los contratos de derecho público y a las relaciones jurídicas en el área del derecho público como un asunto de los respectivos contratos. En realidad, no todos los contratos posibles en el derecho público están allí comprendidos, sino que sólo se limita a los contratos administrativos. Lo anterior surge desde la limitación general de la ley de procedimiento administrativo cuando se refiere a la “actividad administrativa de derecho público de las autoridades” (parágrafo 1 inciso 1°) y el procedimiento administrativo (parágrafo 9). El concepto de contrato en la ley de procedimiento administrativo, excluye los contratos de derecho internacional público (esto es, contratos entre Estados y demás sujetos del derecho internacional público y cuestiones de derecho internacional). Igualmente excluye los contratos atinentes a la organización del Estado (esto es, contratos entre la federación y los estados miembros o entre los estados federados sobre asuntos de carácter constitucional) y por último, los acuerdos administrativos (acuerdos entre los órganos del gobierno de la federación y los estados federados sobre asuntos de la administración). A diferencia de los contratos administrativos que preponderantemente regulan casos particulares en el nivel inferior de la administración e incluyen al ciudadano, los acuerdos administrativos se dirigen a la conducción de actividades administrativas a través de la cúpula de la administración.

La delimitación del contrato administrativo en relación con el contrato de derecho privado inicialmente no parece problemática: si la administración – como un ciudadano cualquiera – compra a una empresa privada materiales de oficina, se trata indudablemente de un contrato de compraventa de derecho privado; cuando, por el contrario, un municipio celebra un contrato sobre la regulación de un río fronterizo común con una municipalidad vecina, se presenta un contrato de carácter administrativo. Sin embargo, siempre aparecen problemas de delimitación. Estos se refieren sobre todo a dos grupos de casos. Primero: La administración puede, como ya fue evidenciado en la exposición precedente, cumplir con tareas de la administración en forma de derecho privado. Cuando aquella se decide (conforme a la ley) por esa opción, los

contratos celebrados dentro de ese marco deben también ser calificados como jurídico-privados. Así, por ejemplo, el uso de la sala municipal para asociaciones locales para finalidades sociales o políticas, puede ser regulado de manera jurídico privada o jurídico pública. Conforme a ello, el contrato regulatorio puede ser jurídico público o jurídico privado.

Segundo: Esencialmente es más problemático cuando elementos jurídico públicos y jurídico privado acontecen recíprocamente o se mezclan. Eso lo puede mostrar el siguiente caso: El empresario U quiere ampliar su local y solicita para ello una autorización para la construcción correspondiente. La ciudad considera que en este caso, con un local más grande, se debe contar con un mayor volumen de circulación y que por tal motivo se debe ampliar la calle allí situada. Luego de algunas negociaciones se produce un contrato entre la ciudad y el empresario U por virtud del cual la ciudad se obliga al otorgamiento de la autorización para la construcción y U, a su vez, a la transferencia gratuita de una franja de terreno para la ampliación de la calle. ¿Existe un contrato administrativo por el hecho de que una autorización para construir, que es un acto administrativo, fue prometida? ¿O existe un contrato de derecho privado porque la cesión de una franja de terreno es prometida? ¿O se da un tipo de forma mixta, jurídico pública y jurídico privada? De acuerdo a la doctrina general un contrato, en todo caso, cuando las prestaciones prometidas están relacionadas una con la otra, solamente puede ser juzgado uniformemente. Determinante es pues, sí el punto esencial de la regulación contractual reposa en el área del derecho público o del derecho privado. En el presente caso se trata preponderantemente de un contrato administrativo.

Otros problemas resultan cuando la prestación contractualmente determinada, considerada en si misma, es neutral o indiferente. Eso vale especialmente para el pago de un monto de dinero que como tal no es ni jurídico- público ni jurídico privado. También para eso existe un ejemplo: Según el ordenamiento jurídico alemán de construcción, aquel que quiere establecer o ampliar una construcción está obligado a crear los lugares de aparcamiento para vehículos. El Empresario U que quiere ampliar arquitectónicamente su establecimiento de comercio no se encuentra en condiciones para eso, como consecuencia de las limitaciones de espacio. Las autoridades, no obstante, dan por entendido que aquel se encontraría liberado del deber de construir los lugares de estacionamiento si pagara 100.000,00 Euros para la construcción de un edificio de estacionamiento situado en las cercanías. U admite esa situación. En consecuencia, por medio de un contrato celebrado con la autoridad, se obliga a pagar el monto mencionado.

¿Es esa una relación jurídico privada o jurídico-pública? El objeto del contrato, es decir, la obligación de pago es ambivalente. En el caso concreto se debe atender a la finalidad de la obligación de prestación y al carácter total del contrato. Como la liberación del deber de construir un lugar de aparcamiento, si bien no es asunto del contrato, pero los contratantes parten de que el pago resulta de esa aspirada finalidad, (así llamado contrato sinalagmático imperfecto), el contrato debe entonces entenderse como de derecho público, de conformidad con la finalidad de la obligación de prestación y con el carácter total del contrato.

La delimitación entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo no es un juego de diversión teórica, sino que tiene significado práctico. De su clasificación depende si el derecho contractual es aplicable; qué legislación sobre responsabilidades es válida; qué posibilidades de ejecución existen y cuál es la vía judicial que ha de intentarse en caso de conflicto.

2. Delimitación con el acto administrativo

También la delimitación del contrato administrativo en relación con el acto administrativo no parece inicialmente problemática. El acto administrativo es expedido en virtud de una declaración unilateral de la autoridad. El contrato administrativo, por el contrario, se constituye por declaraciones concordantes de la autoridad y el ciudadano. El acto administrativo es –de manera concisa– una regulación unilateral; el contrato administrativo, una regulación bilateral o consensual. Sin embargo, debe agregarse que el acto administrativo es expedido unilateralmente, pero vincula tanto al ciudadano como a la autoridad de manera bilateral en la medida en que no sea revocado o resuelto por cualquier circunstancia.

a) Actos administrativos que necesitan cooperación. Existen de otro lado, actos administrativos que carecen de aprobación o cooperación del ciudadano (actos administrativos carentes de aprobación o cooperación). Por ejemplo, la designación de un funcionario, la matrícula de un estudiante, el otorgamiento de una autorización para construcción o para ejercer la industria y el comercio. La formación en estos asuntos se determina según las leyes respectivas. Regularmente la aprobación resulta como consecuencia de la necesaria solicitud de expedición del acto administrativo. El acto administrativo carente de aprobación es y permanece como una regulación unilateral de las autoridades. El requisito de aprobación no lo debe dar al ciudadano –como con el contrato administrativo– ni existe la posibilidad de ejercer influencia sobre el contenido regulativo del acto administrativo, sino que únicamente debe garantizarse que no le sea impuesto un acto administrativo (beneficioso) que él no quiere tener, sobre todo, cuando lleva aparejado obligaciones. Si falta esta aprobación necesaria, entonces el acto administrativo, conforme a la regulación jurídica, es ilegal e impugnabile, o de plano resulta ineficaz. No obstante, la aprobación puede ser recuperada y con ello “sanear” el acto administrativo.

b) Actos Administrativos con Determinaciones Adicionales Una cierta competencia existe también en relación con aquellos actos administrativos dotados de una cláusula o vinculados a una condición. En todo caso, puede la administración perseguir determinados objetivos con la celebración de un

contrato administrativo o con la expedición de un acto administrativo con una determinación adicional. Lo anterior, lo muestra el siguiente ejemplo: G solicita un permiso para abrir un restaurante. La autoridad quiere autorizarlo pero tiene la idea de que aún es necesario un dispositivo de protección de los vecinos contra el aumento del ruido. Aquella tiene entonces tres posibilidades: puede atar la autorización a una condición; puede dar la autorización con una cláusula suspensiva y finalmente puede celebrar con G un contrato administrativo por el cual éste se obliga a colocar la respectiva instalación que disminuya el ruido. En el primer caso, la autorización se torna inmediatamente eficaz, pero en virtud de la condición adicional se constituye en un acto administrativo que obliga a colocar el dispositivo de protección contra el aumento del ruido. En el segundo caso, la autorización solo se torna eficaz cuando la condición de la instalación del sistema de protección esté cumplida. En el tercer caso, G mismo –a través del contrato– se obliga a instalar el sistema de protección contra el ruido. La autoridad puede por tanto, imponer esa obligación o hacer depender la autorización de funcionamiento del establecimiento del cumplimiento de esa obligación contractual. La autoridad puede, bajo consideraciones de conveniencia, escoger entre esas tres posibilidades.

3. Delimitación con acuerdos informales

La actuación administrativa informal fue descubierta solamente hace pocas décadas en la doctrina del derecho administrativo. La discusión comenzó con la monografía de E. Böhne, *El Estado de Derecho informal*, 1981. En la práctica esta es, hace mucho tiempo, de interés, pero ha ganado importancia progresivamente. La limitación exacta es dudosa. En todo caso pertenecen a ella los acuerdos informales entre la administración y el ciudadano que sirven de ajuste recíproco y deben determinar la conducta futura. En cuanto al contenido, aquellos pueden contener las mismas declaraciones que los contratos administrativos, pero se distinguen de estos en que, por carecer de voluntad jurídica vinculante, no son obligatorios jurídicamente. Por eso, tampoco pueden ser impugnados o exigidos judicialmente. En contrapartida, la no vinculabilidad jurídica facilita la aproximación de puntos de vista diferentes, sobre todo cuando se trata de actos complicados o cuestiones jurídicas difíciles. Los acuerdos informales son cumplidos por las partes porque resultan ventajosos para las dos partes o por lo menos así se muestran. Si bien, los actos informales no son vinculantes, pueden desembocar, por supuesto, en un acto jurídico –en un acto administrativo o en un contrato administrativo– y con eso ser consolidados jurídicamente en su contenido esencial. Sin embargo, también es imaginable que un acto jurídico los reemplace porque la administración, a través de los acuerdos informales, alcanza con el ciudadano aquello que de otro modo debería hacer jurídicamente con un acto administrativo. Cuando, por ejemplo, un empresario en la vía del acuerdo informal se declara dispuesto a reducir voluntariamente emisiones de su empresa que son dañinos para el medio ambiente, no es necesaria una orden a ese respecto por medio de un acto administrativo. La autoridad administrativa no puede, sin duda, obtener por medio de la coerción tal promesa voluntaria, pero puede, cuando la misma no es cumplida por el empresario, expedir el acto administrativo correspondiente y ejecutarlo en caso necesario. Detrás de la actuación administrativa informal, están siempre por tanto los recursos jurídico- instrumentales de la administración con sus posibilidades de imposición.

V. Clases de contratos administrativos

1. Contratos de coordinación y de subordinación jurídica

En la literatura jurídica se distingue entre contratos de coordinación jurídica y contratos de subordinación jurídica. La ley de procedimiento administrativo no conoce esta distinción, pero parte de ella. En el primer caso, se trata de contratos entre dos partes contratantes fundamentalmente iguales, en especial entre dos órganos administrativos independientes, entre dos municipios o entre una universidad y una cámara de industria y comercio. En el segundo caso, se trata de contratos entre personas que fundamentalmente se encuentran en relación de subordinación, por tanto, se trata de contratos entre el Estado y el ciudadano. La designación “contrato de subordinación jurídica” no es del todo afortunada porque exactamente cuando se trata de un contrato entre la administración y el ciudadano, las dos partes contratantes son, por lo menos formalmente, iguales. Pero en principio, el Estado es superior al ciudadano, lo que se demuestra en que el contrato no depende, en cuanto a la forma o al consentimiento, del ciudadano, sino que también puede ser regulado unilateralmente. Los problemas verdaderos del contrato administrativo se sitúan en el contrato de subordinación jurídica. Por eso, la ley de procedimiento administrativo contiene con respecto a esto algunas regulaciones especiales. (parágrafos 55, 56, 59 inciso 2° y 61) Las exposiciones siguientes se relacionan con ese tipo de contratos.

2. Contrato de transacción y contratos sinalagmáticos

En la ley de procedimiento administrativo son especialmente mencionados y regulados dos contratos: el contrato de transacción (parágrafo 55) y el contrato sinalagmático (parágrafo 56). Una delimitación de estos dos tipos de contrato no está preceptuada. No existe un “numerus clausus” de contratos jurídico-administrativos. Los dos contratos mencionados son expuestos enseguida porque estos no solo suceden frecuentemente en la práctica, sino también porque crean situaciones de peligro típicas y por eso necesitan de regulación especial.

a) El Contrato de Transacción. Presupone una determinada cuestión objetiva y jurídica que no puede ser esclarecida, por lo menos sin un gasto desproporcionadamente grande. El contrato consiste en lo siguiente: ambas partes ceden y por tanto encuentran una línea media entre dos posiciones extremas. La consecuencia es –quizás– que lo acordado no se ajuste con la situación jurídica real. Sin embargo, como la situación jurídica real después del acuerdo no se podrá comprobar sin él, es prevalente el acuerdo posterior realizado por las partes.

b) Contratos Sinalagmáticos son contratos que contienen obligaciones recíprocamente condicionadas. El parágrafo 56 de la ley de procedimiento administrativo se refiere solamente a la contraprestación de la parte co-contratante con la autoridad, por tanto, por regla general al ciudadano puede exigírsele determinada prestación. La prestación del ciudadano debe: (1) ser acordada para una determinada finalidad; (2) servir al cumplimiento de tareas públicas; (3) ser apropiada de acuerdo a todas las circunstancias y (4) estar en conexión objetiva con la prestación contractual de la autoridad. Esas exigencias especiales sirven para la protección del ciudadano, pero corresponden a la posición soberana de la administración. Aquellas deben, concretamente, evitar que se “compren” actos soberanos de la administración a través del pago de dinero o de prestaciones adicionales del ciudadano. Cuando la contraprestación atenta contra estas exigencias, entonces ésta junto con la totalidad del contrato, es ilegal y nula. (parágrafo 59 inciso 2º Nr. 4 de la ley de procedimiento administrativo).

En el caso arriba mencionado con respecto a la obligación de establecer sitios de estacionamiento de vehículos existe un contrato sinalagmático. Este se encuentra realizado conforme a derecho porque (1) el dinero será invertido en la construcción de un determinado edificio de estacionamiento; (2) la edificación de ese edificio de estacionamiento sirve a los intereses de circulación públicos; (3) la cuantía es apropiada, esto es, que corresponde porcentualmente a las costas totales del edificio de estacionamiento o corresponde a lo que a través de la preparación de los sitios de parqueo el ciudadano U habría tenido que gastar y (4) a través del pago pueden ser creados los lugares de parqueo que U debería haber establecido en su propiedad, pero que por causa de las circunstancias especiales anotadas, no puede establecer (conexidad de causas).

VI. Los presupuestos jurídicos del contrato administrativo

1. Admisibilidad de la forma contractual

Mientras que con el acto administrativo habitualmente sólo se examina la conformidad al derecho formal y material, el examen del contrato administrativo debe comenzar un grado antes. Se pregunta si la administración, en el caso concreto, puede actuar a través del contrato administrativo. Esta pregunta fue antes muy debatida. La doctrina dominante, llamada “teoría de la autorización” (la forma contractual solamente es admisible cuando la ley así expresamente lo autoriza), se confrontaba con la “teoría de exclusión” (la forma contractual es solo admisible si de la ley no se desprende otra cosa). La ley de procedimiento administrativo se sumó a esta segunda concepción. Igualmente, se puede decir que el parágrafo 54 de la ley de procedimiento administrativo establece la necesidad de una autorización legal necesaria³.

En todo caso, puede la administración, de acuerdo a lo dispuesto por el parágrafo 54 de la ley de procedimiento administrativo, obrar a través de un contrato administrativo cuando no exista prohibición de regulación contractual.

Una prohibición de manera directa, que excluya la forma contractual de forma expresa o concluyente, es difícil de encontrar. Por el contrario, hay prohibiciones indirectas de forma contractual que consisten en que ellas exigen la forma del acto administrativo y con eso excluyen la alternativa del contrato administrativo. Así deben, por ejemplo, realizarse el nombramiento de un funcionario, la fijación de impuestos y la convocatoria al servicio militar, por medio de un acto administrativo. El hecho de que en la ley solo se hable de acto administrativo, no excluye, sin embargo, la utilización del contrato administrativo. Es necesario mucho más que la exigencia forzosa del acto administrativo se encuentre preceptuada. Además, es posible que dependiendo de un acto administrativo (prescrito como forzoso en la ley) sea celebrado un contrato administrativo. Así, por ejemplo, puede acordarse el nombramiento de un funcionario (acto administrativo) simultáneamente con la previsión de que será promovido a otro cargo cuando quede libre la vacante apropiada (contrato administrativo).

2. Presupuestos formales de conformidad

a) Perfeccionamiento: El contrato administrativo se perfecciona –como todos los contratos– por declaraciones de voluntad concordantes de las partes contratantes (oferta y aceptación). Si falta alguno de ellos, no sólo se presenta un contrato antijurídico, sino que no se presenta ninguna clase de contrato.

b) Forma escrita: El contrato administrativo debe, en principio, ser celebrado por escrito. Ocasionalmente está prescrita una forma rigurosa (así en contratos de enajenación de terrenos, de acuerdo al anterior párrafo 313 del Código civil es necesaria la autenticación notarial) o la renuncia de la forma escrita (así por ejemplo, en la utilización de instalaciones comunes). Con la forma escrita se vinculan algunos problemas, que aquí sin embargo no deben ser discutidos. Así por ejemplo: ¿debe demostrarse que el texto contractual está en un solo documento o en documentos separados, pero que se complementan (como la correspondencia)?

c) Aprobación: Los contratos que afectan derechos de terceros, necesitan la aprobación de éstos. Esto claramente implica que contratos gravosos para terceros son fundamentalmente inadmisibles. Si falta la aprobación, entonces el contrato administrativo es ineficaz hasta tanto se obtenga la aprobación. Si la aprobación es denegada, entonces el contrato administrativo es ineficaz de modo definitivo. Aquí se muestra una diferencia, sobre la que vale llamar la atención, entre el acto administrativo y que puede ser demostrada con el ejemplo de la licencia de construcción:

Si una licencia de esta naturaleza se realiza por acto administrativo, puede el vecino, cuyos derechos de vecindad resulten perjudicados por el proyecto de construcción, impugnar su autorización y en tal virtud, lograr su revocatoria. Si tal autorización no es impugnada o no lo es en tiempo oportuno, entonces –a pesar de los perjuicios que pueda causar a los derechos de vecindad–, adquiere fuerza de cosa juzgada. Si por el contrario, la licencia de construcción se realiza a través de contrato administrativo, entonces esta es, cuando falta la aprobación del vecino perjudicado en sus derechos, ineficaz de modo pendiente y cuando la aprobación resulte denegada será ineficaz de modo definitivo. En caso de

conflicto puede recurrirse –sin término legal– al tribunal administrativo.

3. Conformidad con el derecho material

La administración está también vinculada al derecho material cuando celebra un contrato con un ciudadano. Ella, obtiene a través de la forma contractual, sin duda, otro instrumento de actuación, pero objetivamente no tiene un margen de configuración mayor. Sobre todo, no puede referirse a la libertad contractual. La libertad contractual radica en la autonomía privada, y da al ciudadano el derecho de regular él mismo sus relaciones jurídicas privadas de acuerdo a sus propósitos particulares. Ya que la administración –como la totalidad del poder estatal– está fundamentada y determinada a través del derecho, no le asisten, en principio, los derechos y las posibilidades de la autonomía privada. Las vinculaciones jurídico materiales que son válidas para los actos administrativos, valen, también por ello, para los contratos administrativos.

En cuanto a la administración, ésta se encuentra vinculada estrictamente a la ley. Élla puede, ciertamente, pactar solamente aquello que está determinado legalmente. Los contratos de ejecución de normas son, en general, poco convenientes. Los mismos deben considerarse a lo sumo para la aclaración de un complejo estado de cosas o de una regulación más determinada de relaciones de prestación y entrega, con derechos y obligaciones recíprocas. Además, los obstáculos jurídicos que puedan oponerse a la intención de una regulación, pueden eliminarse con la ayuda del contrato administrativo, así como con las determinaciones adicionales de los actos administrativos. Un desvío de regulaciones legales forzosas es, sin embargo, en principio inadmisibles. Esto lo muestra, por ejemplo, el siguiente caso: El alcalde de la ciudad S que se encuentra desfavorablemente ubicada en cuanto a la circulación, quiere fomentar el establecimiento de industrias. El empresario U muestra interés, pero vacila a causa de las dificultades del lugar y de las mayores cargas financieras que se desprenden de ello. Después de algunas negociaciones se produce entre la ciudad S y U el siguiente contrato: el contratista U se obliga a establecer y a explotar en un área de la ciudad S una sucursal. La ciudad se obliga a exonerar totalmente de impuestos de industria a la citada empresa durante los próximos dos años y, en los subsiguientes tres, a liberarla hasta la mitad de dicha carga impositiva. A nivel de política municipal este contrato puede ser útil. Sin embargo, jurídicamente no es sustentable. Sin duda él no infringe la prohibición de la

forma contractual, ya que en sí mismo no se remite al impuesto de industria y comercio en concreto, sino que apenas contiene una promesa sobre una eventualidad futura de impuesto de industria y comercio. Pero el mismo sí infringe, en cuanto a su contenido, el derecho vigente, a saber, el principio de vinculación estricta a la ley en materia de derecho tributario y el principio de igualdad, ya que U es privilegiado sobre otros explotadores de industria y comercio en la ciudad S.

El verdadero ámbito de aplicación del contrato administrativo se sitúa allí donde la administración posee un poder discrecional. La regulación del poder discrecional proporciona un margen de decisión y de actuación que también puede ser concretizado por las regulaciones contractuales. La integración del ciudadano debe ser más cercana entanto más deban ser considerados sus intereses en el ejercicio de la discrecionalidad.

La vinculación jurídica en la conclusión del contrato ciertamente puede ser apreciada no solo desde el punto de vista administrativo, sino también desde la posición del ciudadano. En este punto se sitúa justamente la particularidad del contrato administrativo que ya no es decidido unilateralmente por la autoridad, sino bilateralmente por la autoridad y por el ciudadano. Por tanto, el ciudadano no sólo es objeto de la decisión, sino también autor y participe del contrato. Sin duda, la administración no puede arbitrariamente exceder los límites trazados jurídicamente en perjuicio del ciudadano. El ciudadano puede, sin embargo, renunciar a sus derechos y hacer concesiones en cuanto a ello para la obtención de determinadas ventajas que se muestren adecuadas. Este aspecto plantea la cuestión sobre la admisibilidad y los límites de la renuncia. Si no se ha satisfecho, se considera la renuncia sólo –aislada y negativamente– como abandono de determinados derechos. Esta puede antes bien ser expresión de la libertad del ciudadano que utiliza la renuncia como instrumento para la persecución de finalidades propias. La renuncia no es en ese sentido limitación de los derechos fundamentales. Por el contrario, es consecuencia de su ejercicio. Por la renuncia igualmente se amplía el margen de actuación de la administración. El contrato puede contener regulaciones que no habrían podido ser promulgadas por un acto administrativo unilateral. Pero este es el caso, justamente, sólo porque el ciudadano acuerda, y por regla general, dará su consentimiento cuando y porque para él las regulaciones contractuales son por lo menos aceptables o incluso beneficiosas. La administración solamente podrá admitir una oferta tal de renuncia del ciudadano, cuando con ella –en una consideración global– los intereses públicos no resulten perjudicados.

VII. Los efectos jurídicos de la antijuridicidad de los contratos administrativos

1. Decisiones legislativas fundamentales

Cuando un contrato administrativo infringe prescripciones jurídicas vigentes o principios generales del derecho, es antijurídico. Las consecuencias de la antijuridicidad están reguladas en el parágrafo 59 de la ley de procedimiento administrativo. Según esta, existe solamente una consecuencia de los vicios: la nulidad del contrato administrativo. Esa única consecuencia del vicio no acontece por virtud de cualquier infracción jurídica, sino solamente cuando existe un fundamento de nulidad especial. Por lo demás, el contrato administrativo se vuelve eficaz jurídicamente también en el caso de la antijuridicidad.

Por lo anterior, se diferencia el contrato administrativo del acto administrativo. Para este, como se ha expuesto, existe toda una serie de consecuencias en caso de errores: impugnación por el ciudadano, nulidad en caso de errores graves y evidentes, revocatoria por la autoridad aún después de no ser impugnable. En principio, cualquier acto administrativo antijurídico puede ser eliminado de alguna forma, mientras que existan razones especiales en su contra –por ejemplo, el principio de la protección de confianza.

El legislador trató con la regulación del parágrafo 59 de la ley de procedimiento administrativo, de ofrecer una línea media. La consecuencia es la de que ciertamente también contratos antijurídicos se tornen eficaces jurídicamente y posiblemente constituyan el fundamento para otros actos jurídicos. Si la autoridad, por medio de un contrato administrativo, promete la expedición de una licencia de construcción, entonces aquella debe, según lo sostiene la doctrina dominante, expedirla aun cuando resulte que los presupuestos jurídicos para ésta no se reúnan. El contrato administrativo es entonces antijurídico, en tanto no se presente ningún otro fundamento de nulidad. Ésta regulación es problemática bajo el punto de vista del principio del Estado de Derecho. Sin embargo, podría ser sustentable –y conforme a la Constitución– con una aplicación generosa de los fundamentos de la nulidad. No habla a favor de la existencia de contratos administrativos antijurídicos el así denominado principio del pacta sunt servanda, porque este solamente tiene la posibilidad de actuar cuando el contrato administrativo se encuentra conforme a derecho y es válido. Pero, los principios

de seguridad y de protección a la confianza, adquieren significación cuando y porque ellos se pueden imponer frente al principio de legalidad de la administración.

2. Causales de nulidad

El parágrafo 59 inciso 2° de la ley de procedimiento administrativo, menciona algunas causales de nulidad, por virtud de las cuales, un contrato administrativo de subordinación jurídica no se torna eficaz jurídicamente. De acuerdo con ello, un contrato administrativo es nulo cuando:

1. Un acto administrativo con un el respectivo contenido sería nulo.
2. Un acto administrativo con el respectivo contenido fuera antijurídico y las dos partes contratantes hubieran conocido la antijuridicidad.
3. Los presupuestos específicos del contrato de transacción no existían y
4. Las exigencias específicas de la contraprestación del contrato sinalagmático no fueron observadas.

De resto se aplican para todos los contratos administrativos –tanto los contratos de subordinación jurídica como los de coordinación jurídica–, las prescripciones del código civil sobre las nulidades de contratos de derecho civil. Según esto, por ejemplo, un contrato administrativo es nulo si una parte contratante no era capaz para contratar; si faltó el poder de representación; no fue observada la forma escrita necesaria, etc. Es discutible si se aplica el parágrafo 134 del Código Civil que determina que “un negocio jurídico que infringe una prohibición legal” es nulo. Se podría decir, según eso, que todos los contratos administrativos antijurídicos son nulos, ya que la administración debe observar la ley, por tanto, le está prohibida toda conducta ilegal. Esta conclusión, más aún, podría conducir a lo siguiente: a que el catálogo de los fundamentos de las nulidades individuales fuera superfluo y eludible. La doctrina dominante invoca por eso una solución diferenciada. El parágrafo 134 del Código Civil se aplica, en principio, pero no comprende toda infracción jurídica, sino solamente una infracción jurídica cualificada. Lo anterior, conduce a la duda de cuándo existe una infracción jurídica cualificada. Como criterios determinantes se mencionan:

el texto, el sentido y la finalidad de la norma jurídica que fundamenta la antijuridicidad del contrato administrativo; la importancia de la infracción jurídica y el interés público o privado en la existencia, o por el contrario, en la eliminación del contrato administrativo antijurídico. En último lugar, ello conduce a la ponderación de dos puntos de vista que hablan a favor y en contra de la existencia del contrato antijurídico.

3. Consecuencias de la Nulidad

El contrato administrativo nulo no despliega efectos jurídicos. Él no fundamenta deberes de prestación y no produce modificaciones jurídicas. La nulidad debe ser considerada por cada autoridad y por cada tribunal y puede ser alegada por cualquier ciudadano. Las prestaciones que fueron producidas en virtud de un contrato nulo deben ser restituidas. Sin embargo, la reivindicación puede, excepcionalmente, implicar un abuso del derecho, especialmente cuando aquel que pide la devolución no puede restablecer la prestación que ha recibido.

4. Teoría de la imprevisión contractual

Si las circunstancias determinantes para la fijación del contenido del contrato se alteran esencialmente con posterioridad a la celebración del contrato y por virtud de ello se hace inadmisibile la vinculación de una parte contractual a las regulaciones contractuales, esa misma parte puede exigir una modificación del contrato de acuerdo a las situaciones alteradas. Si esa modificación no resulta por lo demás posible o exigible por una de las partes contratantes, el contrato podrá ser rescindido. Esta regulación (parágrafo 60, inciso 1°, de la ley de procedimiento administrativo) se aúna al principio desarrollado en el derecho civil de adaptación del contrato en el caso de modificación o desaparecimiento de las bases del negocio jurídico o al clásico principio de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. La pretensión de adaptación se dirige contra la otra parte contratante; la adaptación se realiza por convenio contractual y conduce a la modificación de contenido del contrato, pudiendo ser, en caso necesario, impuesta por la vía de la demanda ante el tribunal contencioso administrativo respectivo. La rescisión, que entra en consideración subsidiariamente, es una declaración de voluntad unilateral que se torna eficaz con su arribo a las otras partes contratantes.

VIII. Valoración

1. Aspectos históricos

El contrato administrativo encontró su reconocimiento ya desde el siglo XIX. La apreciación jurídica para la admisión de funcionarios, que hoy se realiza por acto administrativo, es visible para esta época. Tal admisión fue calificada en el siglo XVIII como contrato jurídico privado; en la primera mitad del siglo XIX fue catalogada como acto de soberanía estatal unilateral y por tanto como acto administrativo. Y luego, en la segunda mitad del siglo XIX, preponderantemente como contrato jurídico público. Contra dicho sentido contractual se dirigió Otto Mayer en un artículo⁴ publicado en 1888. Él consideraba los contratos entre el Estado y el ciudadano conceptualmente como imposibles porque el contrato presupone sujetos jurídicos de la misma categoría y el derecho público está determinado sobre la base de la ordenación del Estado y por ello desarrolla fuerza vinculativa unilateral de la voluntad estatal. La postura negativa de Otto Mayer no se dirigía sólo contra los contratos de derecho funcional (contratos de servidores públicos), sino contra todos los contratos de subordinación jurídica de derecho público. En esta posición también desempeñaba un papel importante el hecho de que ese autor quería fundamentar el derecho administrativo como una disciplina jurídica autónoma, evitando, por tanto, influencias aparentes del derecho privado. En su manual de derecho administrativo publicado en 1895, el acto administrativo domina por completo.

La concepción negativa de Otto Mayer, encontró en la literatura jurídica poco eco y respaldo. Con todo, impidió fuertemente el desarrollo del contrato administrativo. Declaraciones positivas para el contrato administrativo, por ejemplo, la monografía publicada en 1920 de Willibalt Apelt⁵, repercutieron inicialmente poco. En los manuales de derecho administrativo el contrato administrativo, era sin duda mencionado como forma de actuación posible al lado del acto administrativo, pero era tratado de una manera tangencial. Por el contrario, el contrato administrativo fue empleado mucho más en la práctica. En la jurisprudencia, esa situación encontró poca expresión, lo que también resulta comprensible, ya que el contrato está apoyado en el acuerdo de las partes contratantes, de donde se deriva que los casos litigiosos se presentan en una medida mucho menor, que con respecto al acto administrativo que es expedido unilateralmente.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el contrato administrativo encontró de manera progresiva en la literatura jurídica un mayor tratamiento e interés. El Tribunal Federal Administrativo se pronunció de manera inequívoca en una decisión fundamental a favor de la admisibilidad del contrato administrativo (Gaceta del Tribunal Federal Administrativo, tomo 23 página 123). La ley de procedimiento administrativo de 1976, produjo entonces con sus regulaciones sobre el contrato, la ruptura definitiva. Con ello, se estableció el contrato administrativo de lege lata. Hay sólo pocos pronunciamientos en la literatura jurídica que nieguen el contrato, fundamentalmente por razones de principio o políticas.

2. La significación del contrato administrativo

El contrato administrativo experimentó, en virtud del desarrollo hacia el Estado administrativo cooperativo, una considerable revalorización. Este ha fomentado este mismo desarrollo, incluso de manera determinante. Esta situación descansa en la idea de que la administración estatal no debe resolver los problemas pendientes de manera unilateral, de arriba hacia abajo, sino en cooperación con los ciudadanos afectados. Esto vale sobre todo en cuanto se trata de la superación de hechos complejos o cuando las regulaciones legales se limitan a ideas similares más o menos presentes para la obtención de determinadas finalidades, pero estas son dudosas o insuficientes. Frente a ello, el contrato administrativo se ofrece como importante, sobre todo, en el ámbito de la protección ambiental, del planeamiento general del ordenamiento urbano y de fomento de la economía. Así se pueden disminuir, por ejemplo, los daños nocivos para el medio ambiente que provengan de un establecimiento industrial, mediante una prohibición o una condición en forma de acto administrativo, pero también, –y tal vez es mucho más efectivo– a través de un acuerdo con el empresario y un contrato administrativo subsiguiente. La problemática de la eliminación de residuos es posible limitarla, ya en cuanto a su formación, su disminución o definitivamente impedida, todo lo cual no puede ser alcanzado por simples medidas estatales unilaterales, sino solamente mediante la cooperación con los productores de residuos. La “cooperación entre el Estado y el ciudadano” en la “actuación administrativa consensual” es principio de rendimiento indispensable de la administración en el estado industrial y masificado moderno. Ella ha encontrado también cabida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Gaceta del Tribunal Federal Constitucional tomo 98, página 106 y siguientes).

3. Ventajas del contrato administrativo

Con lo anterior también son abordadas las ventajas del contrato administrativo. El ciudadano es incluido en una regulación; él puede tener voz activa, hacer propuestas y ofrecer alternativas. De esa manera él mismo puede ejercer influencia sobre la decisión. En contrapartida, la administración puede aprovecharse de los conocimientos y experiencias especiales del ciudadano familiarizado con casos concretos. Las circunstancias complicadas de nuestro tiempo, conducen, en parte, a que no sólo el ciudadano dependa más de la administración, sino que también la administración dependa de la información y cooperación del ciudadano. Además, el contrato se presenta, sobre todo en hechos y situaciones jurídicas complejas y difíciles, como la posibilidad de obtener por discusión distintas soluciones y alternativas, por compensación de intereses diferentes, por concesión en un espacio respectivo y por vinculación de diversos puntos de vista que se entrecruzan, para obtener una regulación mutuamente satisfactoria, tal vez la óptima. Eso promueve, por otra parte, la aceptación de la decisión tomada por el ciudadano. Este está seguramente más dispuesto a cumplir un contrato administrativo creado por él mismo, que un acto administrativo que le ha sido impuesto. A pesar de que el ciudadano no será incluido en la responsabilidad administrativa, el siempre estará confrontado directamente en las negociaciones contractuales con los intereses públicos que se contraponen a los suyos. La cooperación entre administración y ciudadano, que se expresa en el contrato administrativo, no es exactamente requerida por los derechos fundamentales, por el principio democrático y por el principio del estado de derecho, pero, en todo caso, va a su encuentro y es, a su turno, apoyada por éstas.

4. Desventajas del contrato administrativo

Los peligros del contrato administrativo no deben con todo, ser olvidados. En primer lugar, existe el peligro de que la parte contratante pase por encima del derecho vigente. Se podría estar de acuerdo en lo siguiente: ¿por qué no se debería ignorar una prescripción legal, sin duda vinculante, pero incómoda? Este peligro también existe sin duda en contratos entre personas de derecho privado. Pero en estos es esencialmente reducido, porque la autonomía privada de las partes contratantes deja un amplio espacio de configuración, en tanto que la vinculación jurídica de la administración comporta límites esencialmente más estrictos.

En segundo lugar, existe el peligro de que el contrato administrativo viole el principio de igualdad o que perjudique derechos de terceros. Como el contrato entre el Estado y el ciudadano particular es negociado, es posible que traiga ventajas que otros –infringiendo el derecho a la igualdad– no obtengan. Perjuicios a derechos de terceros se producen, sobre todo, en casos de contratos administrativos, por ejemplo, en el derecho de construcción, si se promete un permiso que va en contra de los derechos del vecino. El derecho de aprobación del vecino (como se vio supra V. 2, c), sin duda, disminuye el peligro sólo si se produce una intervención limitada, o cuando se han producido los hechos.

Finalmente, surge el peligro de que una u otra parte contratante aproveche su real posición dominante. La administración, en general, es más fuerte porque está en los eventos en que las negociaciones contractuales no terminan exitosamente –no siempre, pero con mucha frecuencia–, puede expedir un acto administrativo y con ello imponer unilateralmente sus concepciones. Si de ella depende la prestación estatal, no queda más que admitir las exigencias de la administración. La posición ventajosa de la administración es restringida y neutralizada por su vinculación jurídica. Las relaciones de fuerza pueden también colocarse a la inversa, cuando la administración por ejemplo, está interesada en la inversión de un empresario, en la ampliación de un establecimiento industrial a fin de crear nuevos puestos de trabajo. En este caso, el empresario tiene las mejores cartas. El contrato fortalece a los fuertes o debilita a los débiles. El derecho tiene que dirigirse aquí en el sentido opuesto.

5. La ambivalencia del contrato administrativo y del acto administrativo

La distinción conceptual estricta entre el acto administrativo expedido unilateralmente y el contrato administrativo celebrado de manera consensual, ciertamente es correcta teórica y dogmáticamente. Sin embargo, sólo toca a las realidades administrativas de manera limitada. Las dos figuras se aproximan mucho en la práctica. El ciudadano también tiene posibilidades de actuación en el proceso de expedición de los actos administrativos. El fundamento para esto lo ofrece el derecho de audiencia, regulado de manera jurídico-positiva en el párrafo 28 de la ley de procedimiento administrativo y en otras normas; más allá, él también está establecido universalmente en el principio del Estado de Derecho. El ciudadano puede manifestarse en relación a las cuestiones objetivas y jurídicas; las autoridades deben no sólo enterarse de sus exposiciones, sino que también deben incluirlas en sus reflexiones y considerarlas a la hora de tomar su decisión.

Además, en la audiencia se expresan no sólo los intereses de la administración, ya que esta puede aprovecharse de los conocimientos y experiencias especiales del ciudadano familiarizado con el caso concreto. En procedimientos mayores se producen conversaciones y negociaciones que con frecuencia conducen a un acuerdo sobre los puntos esenciales. El acto administrativo ejecuta pues sólo aquello que ya de manera previa ha sido tenido como entendido.

También, cuando el contrato administrativo se realiza por acuerdo entre la autoridad y el ciudadano, el procedimiento que apunta al contrato administrativo siempre está en manos de la autoridad. Esta determina y dirige el procedimiento administrativo según las reglas del derecho del procedimiento administrativo. El ciudadano tiene, sin duda, una posición más fuerte ya que él puede impedir, por denegación, el aprovechamiento para la celebración del contrato. Debe contar para ello, como ya fue expuesto, con que la administración acude entonces a un acto administrativo.

El acto administrativo también es lo suficientemente flexible para poder resolver convenientemente casos complicados. Este se compone sin duda, de una parte dispositiva corta, comparable a la sentencia judicial, pero puede, además acoger

regulaciones adicionales en forma de cláusulas, condiciones, reservas, limitaciones, ampliaciones plazos y formas semejantes. Además grandes procedimientos, por ejemplo, la autorización de una central nuclear, de una instalación industrial o de un depósito de basura o de desperdicios, pueden ser descompuestos en fases procedimentales distintas que, respectivamente, son concluidas por un acto administrativo –por decisión preliminar o autorización parcial– y con ello, facilitan la terminación de la problemática total.

Para el diario discurrir de la administración, en especial en los negocios rutinarios de la administración de masas, el contrato administrativo no tiene tanta consideración. Aquí es más idónea la decisión rápida y manejable a través de un acto administrativo. Esto vale sobre todo para actos administrativos por computador. El ciudadano tampoco está a merced de esos actos administrativos, porque él, al sentirse vulnerado en sus derechos puede promover una reclamación ante la autoridad y si ella no es exitosa, puede interponer un recurso jurisdiccional. Si en este ámbito debieran ser aplicados contratos administrativos –lo que además es discutible para la administración de prestaciones y servicios–, la administración estaría, por razones de racionalización, llevada a la utilización de formularios de contrato pre-impresos y tipificados que fijen en lo esencial el contenido de la regulación y que sólo deban ser diligenciados adicionalmente con las circunstancias particulares del caso. El contrato tipificado de esa índole, en la práctica solamente podría diferenciarse del acto administrativo porque la actuación del ciudadano sería la de aceptar y cumplir la regulación intencionada de la administración, cuando él está interesado en una prestación determinada, al tiempo que acepta las condiciones y vinculaciones unidas al contrato.

Como conclusión se evidencia que la “administración cooperativa” no debe de estar atada a una forma definitiva de procedimiento: acto administrativo o contrato administrativo, sino que ella consiste en que las autoridades no decidan autocráticamente sobre el ciudadano y sus asuntos, sino que lo incluyan en la decisión que deba tomarse. El contrato administrativo se documenta por la firma conjunta del ciudadano. Pero también, el acto administrativo puede ser el resultado del esfuerzo común de la administración y del ciudadano para una solución objetivamente conveniente y jurídicamente inobjetable. En los dos casos, la administración ocupa un papel predominante. Esto es legítimo ya que ésta tiene que representar los intereses públicos. Por regla general, el acto administrativo resulta ser el instrumento de actuación típico de la administración, pero el contrato administrativo no solo es admisible como alternativa, sino en casos especialmente configurados y atípicos, resulta, incluso,

irrenunciable y debería ser también asumido de manera imparcial.



¹En alemán *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*.

²En alemán *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

³Parágrafo 54 de la ley de procedimiento administrativo preceptúa: “Una relación jurídica en el área del derecho público puede ser constituida, modificada o extinguida a través de contrato (contrato de derecho público) en cuanto no se opongan prescripciones jurídicas. En especial puede la autoridad en vez de expedir un acto administrativo celebrar un contrato de derecho público, con aquel a quien se dirigiría el acto administrativo”.

⁴Otto Mayer, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, AÖR Bd. 3 (1888) S. 3 ff.

⁵Willibalt Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920; rezensiert von Otto Mayer in AÖR Bd. 40 (1921) S. 244 ff.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO
